

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE
ROLE DU JUGE

DANS

L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 27 mai 1907, à 2 heures 1/2

PAR

GASTON MICARD

Président : M. ANDRÉ WEISS,

Suffragants : { MM. LAINÉ, }
 { BARTIN, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE
ROLE DU JUGE

DANS

L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 27 mai 1907, à 2 h. 1/2

PAR

GASTON MICARD

Président : M. ANDRÉ WEISS,

Suffragants : { MM. LAINÉ, } professeurs
BARTIN, }

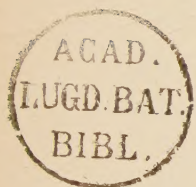
PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907





Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE RÔLE DU JUGE

DANS

L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES

INTRODUCTION

La solution d'une question de Droit international privé requiert fréquemment du juge auquel elle est soumise l'application d'une loi étrangère.

Il en sera ainsi lorsqu'elle sera prescrite par une disposition de la loi nationale elle-même, ou que, sans être écrite dans les textes, cette application soit la conséquence nécessaire des principes mêmes du droit international, soit enfin que l'application d'une disposition de la loi nationale implique l'existence dans une législation étrangère d'une solution déterminée. Chacune de ces trois hypothèses peut se présenter devant les tribunaux, notamment devant les tribunaux français.

Pour apprécier la validité d'un acte passé à l'étranger au point de vue de la forme, un des principes fondamentaux du droit international dit au juge de se reporter

à la loi étrangère. Le Code civil impose même cette obligation en termes formels pour certains actes tels que les actes de l'état civil (art. 47), le mariage (art. 170), le testament (art. 999). En vertu d'un principe non moins incontesté que la règle « *Locus regit actum* » et qui, bien que non écrit dans nos textes, n'en a pas moins été consacré implicitement par notre Code, l'étranger est régi en France quant à son état et à sa capacité par sa loi nationale : nouvelle occasion pour nos tribunaux de faire application d'une loi étrangère.

Qu'une contestation s'élève en France au sujet de l'interprétation d'un acte passé à l'étranger, le tribunal pourra se trouver amené à constater que les parties, usant de la liberté que leur concède le principe d'autonomie de la volonté, ont entendu soumettre à la loi étrangère les effets de l'opération qu'ils ont conclue. Pour répondre au vœu de la loi ou sanctionner la volonté des parties, ce juge se trouvera amené à appliquer une autre loi que la sienne. L'application d'une disposition de la loi française peut en outre être subordonnée à l'existence dans une législation étrangère d'une solution déterminée. L'ancien article 26 par exemple, subordonnait la vocation héréditaire de l'étranger en France à la reconnaissance de la vocation héréditaire du Français dans le pays de cet étranger. Aujourd'hui encore l'article 17 décide que le Français acquiert par naturalisation une nationalité étrangère, l'article 19 décide que la femme française qui épouse un étranger suit la

nationalité de son mari, si celle-ci lui est conférée par la loi étrangère. — L'exequatur d'un jugement étranger implique que celui-ci a force exécutoire dans le pays où il a été rendu. — Voilà toute une série d'hypothèses dans lesquelles le juge français se trouvera amené à vérifier si certaines conditions de la loi étrangère sont remplies.

Que doit faire le juge en pareille occurrence ? Doit-il appliquer d'office la loi étrangère ? S'il se décide à le faire, comment la connaîtra-t-il ? Comment et sous quelle sanction l'appliquera-t-il ? En d'autres termes : quel est le rôle du juge, comment se fait la preuve de la loi étrangère, sa non-application ou sa fausse interprétation peuvent-elles fonder un recours en cassation ? Tels sont les trois points de vue auxquels on peut se placer pour examiner le rôle du juge dans l'application des lois étrangères.

CHAPITRE PREMIER

APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE PAR LE JUGE.

Tandis que le juge connaît sa loi nationale par la publication qui en a été faite, il ignore la loi étrangère qui n'a pas été publiée en France et qu'il n'est pas tenu de connaître. La Cour de Paris a conclu de là, que le juge français n'est pas tenu d'appliquer la loi étrangère, puisqu'il est de principe qu'une loi non publiée n'est pas obligatoire (1).

Il y a là une erreur évidente. Les dispositions des statuts étrangers qui doivent s'appliquer en France tirent leur caractère légal des formalités auxquelles elles ont été soumises dans leur pays d'origine. Ce sont des lois étrangères et il suffit, pour qu'elles soient susceptibles d'application, qu'elles aient été publiées dans le pays où elles ont été portées (2). Il faut au contraire considérer comme un axiome du droit international privé que « chaque Etat doit accepter, sur son territoire, l'application de la loi étrangère à un rapport de droit, quand elle est commandée par la nature de ce rapport,

(1) Paris, 15 mars 1831 ; Rej., 7 juillet 1838 ; Dalloz, *V^o Contr. de mariage*, n^o 3914.

(2) Laurent, *Le droit civil international*, II, p. 69, n^o 262.

sous la seule réserve de faire toujours respecter ce qui, d'après sa propre législation, est considéré comme étant d'ordre public » (Despagnet, p. 26, n° 22, *in fine*).

Sur quoi donc repose l'obligation pour le juge d'appliquer en certains cas un autre droit que le droit national? Quel est, en d'autres termes, le fondement de l'autorité d'une loi étrangère?

C'est là une question qui touche aux principes les plus essentiels du droit international privé, et, sans étudier ici toutes les théories présentées à ce sujet, il faut au moins dans leurs grandes lignes en présenter les principales et dégager la solution à laquelle elles conduisent sur notre question particulière.

La pratique du commerce entre nations a constitué une société internationale d'ordre privé qui a besoin d'une communauté juridique internationale, d'une formule juridique commune qui lui servira de loi. Cette loi, ce sera le droit international privé, c'est-à-dire « la science qui a pour objet la réglementation juridique des rapports internationaux d'ordre privé » (1).

Cette conception du droit international privé rattache toutes les questions qui en font l'objet à la souveraineté de l'Etat et les fait rentrer dans le droit des gens. Celui-ci, en effet, serait la base des principes du droit international privé.

Cette doctrine invoque deux idées fondamentales :

(1) Pillet, *Principes de droit international privé*, p. 7.

l'une communément et généralement admise de l'égalité des Etats, l'autre plus originale et aussi plus critiquable : de pénétration réciproque de leur souveraineté. De cette pénétration de souveraineté a découlé la reconnaissance des Etats qui se traduit en fait par l'obligation pour chacun d'eux de respecter la souveraineté des autres. Chaque Etat ayant à un degré égal le droit de législation privée dont il peut exiger le respect par ses égaux, il arrivera que sur un même rapport de droit plusieurs lois pourront se trouver compétentes en même temps. Parfois il y aura simplement concurrence entre elles, de sorte que l'on pourra donner satisfaction à toutes les souverainetés en présence ; le plus souvent, au contraire, il y aura conflit, collision, de sorte qu'il faudra choisir entre ces différentes lois, donner à l'une la prédominance sur les autres. Le seul critérium possible pour résoudre avec certitude cette délicate question, c'est de s'en rapporter à « la loi du maximum de respect des souverainetés entre elles », parce que c'est elle « qui rapproche davantage la communauté internationale de l'état de droit d'une communauté nationale soumise à l'empire d'une seule souveraineté » (1).

La méthode consistera à considérer les lois, non point dans leurs rapports avec les particuliers qu'elles régissent, mais dans leurs rapports avec les souverainetés dont elles émanent. En examinant ainsi les lois au point

(1) Pillet, *op. cit.*, p. 5.

de vue politique, en se demandant à quoi chaque loi sert dans la société pour laquelle elle est faite, quel élément elle représente dans la puissance publique de l'Etat qui l'a mise en vigueur, on arrive à dégager un certain nombre d'idées vraies en tous pays et qui ont par là-même une valeur internationale, parce que dans les relations entre peuples, tout ce qui intéresse la souveraineté de l'Etat est jugé digne du respect des autres Etats.

De ce point de vue, le droit international privé est donc un véritable droit qui lie les Etats membres de la société des nations, et il s'ensuit que sur le territoire de chacun d'eux, ses prescriptions doivent jouir de toute l'autorité que la législation intérieure attache aux règles du droit.

La conséquence principale de ces principes peut être ainsi énoncée : « En tout pays les règles de droit international privé admises (ou définitions locales) jouissent de toute l'autorité du droit comme constituant l'expression d'une obligation de l'Etat. »

Dès lors la réponse à notre question : le juge est-il dans l'obligation d'appliquer la loi étrangère quand le droit international reçu dans son pays commande cette application, ou n'a-t-il à cet égard qu'une simple faculté ? cette réponse ne peut être douteuse : « Toutes les fois qu'une définition de droit international privé faite, soit par un traité, soit par la loi antérieure, soit par une coutume bien établie, conclut à l'application de la loi

étrangère, le juge devra faire lui-même cette application, même dans les cas où les parties ne la réclameraient pas. Obligé d'appliquer le droit consenti par l'Etat, il est à plus forte raison obligé d'appliquer le droit qui s'impose à l'Etat » (1).

Tout en n'admettant pas cette conception du droit international public et cette base donnée de l'obligation pour le juge d'appliquer une loi étrangère, on peut néanmoins arriver à une conclusion analogue.

Quelles sont en effet les bases de la souveraineté de la loi ?

Ce sont d'une part le territoire sur lequel s'exerce la domination de l'Etat, et de l'autre certains rapports personnels qui réunissent sous son autorité un plus ou moins grand nombre d'individus. La loi a donc deux souverainetés différentes : une souveraineté territoriale et une souveraineté personnelle. Dans le conflit qui peut s'élever entre elles à propos d'un rapport de droit privé, à laquelle donner la préférence ?

Le droit étant fait pour les personnes et non les personnes pour le droit, la solution du problème revient à se demander quelle est la loi à laquelle appartient la direction naturelle de l'activité de l'individu et dont celui-ci peut demander l'application. La réponse est donnée par la formule suivante, que nous empruntons au *Traité* de M. Weiss : « La loi, lorsqu'elle statue sur

(1) Pillet, *op. cit.*, p. 5.

un intérêt privé, a toujours pour objet l'utilité de la personne ; elle ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite ; mais ceux-là, elle doit en principe les régir en tous lieux, et dans tous leurs rapports juridiques » (1).

C'est donc la théorie de la *personnalité* du droit, théorie moderne qui a trouvé son expression la plus retentissante dans le célèbre discours de Mancini de 1851, qui fournit le critérium nécessaire pour trancher le conflit entre la souveraineté territoriale et personnelle (2).

Cette prédominance donnée à la loi personnelle s'explique par l'inégalité des deux éléments qui constituent l'Etat : un agrégat de personnes et un territoire. Quelqu'important que soit celui-ci, il n'est pas aussi indispensable que l'autre, et suivant une ingénieuse comparaison on a pu dire que « si le territoire est à l'Etat ce que le domicile est à la personne, il n'est pas plus l'Etat que le domicile n'est la personne (3) ».

Cette souveraineté personnelle donne à chaque Etat le droit des lois pour ses nationaux à l'application desquelles ceux-ci ont droit en quelque pays que ce soit, du moment où elles ne sont pas contraires à l'ordre public du territoire où on les veut appliquer. « Ce serait

(1) Weiss, *Droit international privé*, 5^e édit., p. 364.

(2) Mancini, « Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, 1851. *Journal de Clunet*, 1874, p. 291 et suiv. ; Fiore, *Diritto Internazionale privato*, 3^e édit., 1888, trad. Pradier-Fodéré ; Laurent, *Le Droit civil international*, t. I-VIII.

(3) Durand, *Essai de droit international privé*, 1884, p. 240.

en effet violer la souveraineté égale des autres Etats que de prétendre imposer à ceux qui s'y rattachent l'application des lois étrangères, à moins que l'intérêt général ne l'exige ; mais d'autre part, ce serait abdiquer sa propre souveraineté que de renoncer au droit exclusif de gouverner la condition juridique de ses nationaux expatriés » (1).

Cette loi personnelle, qui est celle qui doit toujours en principe régir l'individu, presque personne aujourd'hui ne conteste plus que ce soit la loi nationale, et l'opinion de Savigny qui s'attachait à la loi du domicile perd chaque jour du terrain. Nulle loi n'est en effet mieux appropriée que la loi nationale aux intérêts et aux besoins de la personne.

L'obligation pour le juge de respecter les lois étrangères est une conséquence inéluctable du principe de souveraineté et d'indépendance des Etats les uns à l'égard des autres, et de même que dans la société la liberté de chaque individu ne doit connaître d'autres limites que la nécessité de ne pas gêner la liberté des autres, de même la loi, qui n'est pas autre chose que l'expression de la souveraineté, de l'indépendance, de la liberté de l'Etat, doit pouvoir s'exercer même au delà de ses frontières, tant qu'elle respecte l'indépendance et la souveraineté des autres Etats (2).

(1) Weiss, p. 365.

(2) Colin, *Journal de droit international privé*, p. 408 ; P. Fiore, *Droit international privé*, trad. Pradier-Fodéré, 1875, p. 52.

Nous concluons donc sur ce point en adoptant la formule du jurisconsulte belge Laurent (1) : « La nature du fait juridique détermine la loi qui doit recevoir son application : et le juge est tenu de l'appliquer, puisque sa mission est de dire le droit ; or il ne dirait pas le droit s'il décidait une question litigieuse par la loi de son pays, alors qu'elle doit être décidée par une loi étrangère. »

Il semble que le problème soit résolu et qu'il ne soit pas besoin d'insister davantage. Néanmoins une question subsidiaire est soulevée, bien qu'étrange puisque nous avons admis que le juge est *obligé* d'appliquer la loi étrangère : Le juge, se demande-t-on, doit-il appliquer, d'office, la loi étrangère, ou n'est-il tenu de le faire que s'il en est requis par les parties ?

Sur cette question, trois opinions se sont fait jour (2). Les uns considèrent que, la loi étrangère étant un simple fait, le juge doit attendre pour l'appliquer qu'elle soit invoquée par ceux qui en veulent bénéficier. D'autres, au contraire, disent que le juge doit intervenir d'office. Les derniers enfin, tâchent de concilier ces deux opinions par une opinion intermédiaire.

PREMIÈRE OPINION. — On a soutenu que la loi étrangère, n'étant pas promulguée en France, n'a pour le juge que la valeur d'un simple fait. Il doit attendre

(1) *Droit civil international*, II, n° 263.

(2) Bar, *Das Internationale Privatrecht*, p. 102, § 32 ; Laurent, *op. cit.*, II, p. 473, n° 204.

pour l'appliquer que ceux qui l'invoquent l'aient renseigné sur son existence et sa signification. C'est au demandeur à faire la preuve du droit dont il se prétend titulaire ; or cette preuve ne serait pas facile si le demandeur n'établissait pas par les modes de preuve habituels (écrits, témoins) que sa prétention est d'accord avec la loi étrangère, s'il ne produisait pas, à défaut de son texte, des attestations autorisées sur son sens et sa portée (1).

Demangeat (sur Fœlix, t. I, p. 220, note a, 4^e édit.) admet comme chose *évidente* que le juge n'est pas tenu d'appliquer d'office la loi étrangère. Il néglige d'ailleurs de nous dire sur quoi se fonde cette évidence, et il ne semble pas que les auteurs ou la jurisprudence qui adoptent cette manière de voir cherchent à la justifier rationnellement. Sans doute n'y a-t-il point de raison à invoquer en faveur de cette thèse. Ils se contentent de répéter que la loi étrangère, expression d'une souveraineté étrangère, ne nous est pas légalement connue. En ce sens c'est un fait que les parties doivent alléguer et prouver, le juge ne peut statuer sur des prétentions et des faits que les parties ne soumettent pas à sa décision. — Ce n'est évidemment pas pour le juge une initiative interdite que de rechercher, que de s'enquérir de la loi

(1) En ce sens : Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 220, note a ; Waechter, *Archiv für civil. Praxis*, t. XXV, p. 310 ; Westlake, § 335, *Rev. Dr. int.*, 1882, p. 304 et suiv. ; Wharton, 773.

étrangère, mais ce n'est qu'une faculté pour lui (1).

Combien est plus évidente l'inexactitude de ce système.

Il n'est pas juste de dire que la loi étrangère n'est pour le juge qu'un simple fait, car : 1° la question de savoir s'il faut appliquer la loi étrangère se présente comme rentrant dans le droit français, qui doit avant tous autres être consulté. C'est une question de droit qui rentre bien dans les attributions du juge ; 2° la loi étrangère n'est pas un simple fait, c'est un document dont la connaissance est accessible à tous. Le juge est tenu de s'informer des lois étrangères dont l'application est nécessaire pour la solution du cas qui lui est soumis (2).

En effet, si le juge se prononce pour l'application de la loi étrangère, c'est que telle lui paraît être la véritable solution. Or si on comprend qu'il accepte le concours des parties pour se renseigner sur la loi étrangère, on ne conçoit pas qu'il se désintéresse absolument de la question et qu'il ne provoque pas lui-même, quand les preuves produites sont insuffisantes, des recherches propres à le mieux éclairer. D'autre part, l'inaction du

(1) Westlake, *Revue de droit international*, XIV, p. 304 ; Oppenheim, *Volkerrecht*, p. 381 ; Bar, p. 102, note 2.

(2) Brocher, p. 153 ; Bar (*Journal*, 1889, p. 7) ; puisque « le Droit international, qui forme un élément de la législation nationale de chaque Etat », ou « les lois étrangères dont celui-ci autorise l'application doivent être considérées par le juge de cet Etat, non comme un simple fait, mais comme une véritable règle de droit sur la question ».

juge en pareil cas conduit à ce résultat, que si les dispositions de la loi étrangère ne sont pas suffisamment démontrées, la décision qu'il aura adoptée relativement à leur application deviendra lettre morte. Le droit international privé risque donc de n'être dans beaucoup de cas qu'un ensemble de principes théoriques sans portée réelle (1).

L'opinion que nous critiquons méconnaît entièrement la communauté de droit qui existe entre les nations et l'obligation qui en résulte pour le juge d'appliquer la loi étrangère au même titre que la loi nationale. Est-ce que la loi nationale est un fait que les parties soumettent à la décision du juge ? La question n'a pas de sens : elle n'a pas de sens non plus quand il s'agit d'une loi étrangère. La partie qui invoque la loi obligatoire dans un pays ne demande pas que le juge apprécie un fait, mais que le juge décide le litige d'après la loi qui le régit, ce qui est le premier de ses devoirs : c'est donc toujours une question de droit qu'il est appelé à décider et non une question de fait, et dès que le juge reconnaît que c'est la loi étrangère qui régit le débat, il est obligé de l'appliquer, que les parties le demandent ou non. L'application de la loi ne regarde pas les parties : c'est le ministère du juge (2).

Permettre au juge de choisir la législation à appliquer, c'est le sortir de son rôle, c'est dans une certaine mesure le faire participer à celui du législateur. Ce

(1) Despagnet, p. 29.

(2) Laurent, *op. cit.*, II, 473, p. 264.

pouvoir arbitraire qu'on lui attribue va laisser peser sur les rapports juridiques une indécision qui ne pourra qu'être très défavorable à la bonne administration de la justice et à la sécurité des rapports internationaux (1).

« Le juge doit donc appliquer la loi étrangère quand il la connaît personnellement ou lorsque ses prescriptions sont notoires, sans attendre qu'elle ait été directement portée à sa connaissance par les parties en cause » (2). Le juge ne saurait garder en cette question une attitude expectante. Il doit procéder même d'office à l'application des lois étrangères ; sans doute, vu les difficultés de la matière, il fera bien d'acheminer les parties à s'expliquer sur les questions qui s'y rapportent (3). Mais, si les parties ne le font pas, il doit d'office rechercher par tous les moyens possibles la teneur de la loi étrangère (4). Car il doit « juger chaque procès selon le droit qui le régit » et par conséquent fonder sa décision sur la loi qu'il estime applicable, fût-elle étrangère, alors même que les parties ne l'invoqueraient pas (5).

En France notamment, du moment que le législateur français a pensé qu'il convenait, dans l'appréciation de tel ou tel rapport juridique, de tenir compte des prescriptions d'une loi étrangère, le juge doit entrer

(1) Albéric Rolin, *Principes du droit international privé*, t. I, p. 784.

(2) Weis, p. 167.

(3) Brocher, p. 153.

(4) Despagnet, p. 30, n° 14, *in fine* ; Laurent, II.

(5) Asser et Rivier, p. 34.

dans ses vues et ne saurait, sans manquer à son devoir, appliquer à ce rapport les dispositions de sa propre loi (1).

DEUXIÈME OPINION. — Les arguments que nous venons d'invoquer pour réfuter l'opinion qui assimile l'application de la loi étrangère à un simple fait suffisent à justifier la seconde opinion à laquelle nous nous rallions, et en faveur de laquelle la majorité des auteurs (sinon la jurisprudence) se prononcent. Dans le cas où les parties gardent le silence ou ne fournissent que des renseignements incomplets sur la législation étrangère, les tribunaux doivent d'office suppléer à leur inaction ou à leur impuissance (2).

(1) En ce sens : Weiss, p. 165 et les auteurs cités par lui en note, notamment : Schaeffner, *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, 1841, p. 207, qui a été le premier à dégager la saine doctrine ; Laurent, Brocher, Asser et Rivier, Despagnet, déjà cités ; Audinet, p. 298 ; Surville et Arthuys, 2^e édit., p. 43 ; Albéric Rolin, t. I, p. 73. — M. Pillet, *op. cit.*, p. 83 et 84, admet la même opinion.

(2) Cf. notamment les résolutions de l'Institut de droit international votées à Hambourg et dont nous parlerons plus loin (*Annuaire de l'Institut*, t. XIII, p. 328) : Lehr, *Tableau général*, p. 115 ; Asser, *Éléments de droit international privé*, p. 35, §§ 11 et 12 ; Audinet, *Droit international privé*, p. 229 ; Beseler, *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 117 ; Brocher, *Cours de droit international privé*, t. I, p. 153, 154 ; Catellani, *Il diritto internazionale privato*, t. II, p. 802 ; de Bar, *Th. und Praxis des Internationalen Privatrechts*, § 32, p. 132, *Esquisse de droit international privé* dans *Clunet*, 1893, p. 542 ; Despagnet, *Droit international privé*, p. 45 ; de Vareilles-Sommières, *Synthèse du droit international*, t. II, p. 296, *Clunet*, 1900, p. 289 ; Féraud-Giraud, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1892, p. 233 ; Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 268 et suiv. ; Surville et Arthuys, *Droit international privé*, p. 43 ; Weiss, *Traité*

Ils doivent par conséquent rechercher d'office le sens des dispositions de la loi étrangère qui, d'après les principes du droit international privé, doit régir le rapport de droit qui leur est soumis. Cette application est indépendante de ce que font les parties. La seule différence qui existe à cet égard entre la loi nationale et la loi étrangère, c'est que le juge connaît nécessairement la loi de son pays, tandis qu'il peut ne pas connaître la loi étrangère. S'il ne la connaît point, il peut imposer aux parties qui l'invoquent l'obligation de la produire : elles doivent la connaître puisqu'elles l'invoquent.

Mais les parties doivent-elles nécessairement prouver la loi étrangère pour que le juge soit tenu de l'appliquer ?

Certains le pensent (1).

élémentaire, p. 554, *Traité*, t. III, p. 164 ; Wächter, *Archiv für civ. Praxis*, t. XXIV, p. 310. — *Contra* : Aubry et Rau, 4^e édit., t. VIII, p. 152 ; Calvo, *Traité théorique et pratique*, t. II, § 883 ; Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 220, note a ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIX, p. 184, 185 ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, p. 176 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, n^o 80 ; Rougelot de Lioncourt, *Du conflit des lois personnelles françaises et étrangères*, p. 46. — Westlake, *Rev. de droit international*, 1882, p. 304, bien que cette opinion ne semble guère d'accord avec sa définition du droit international privé (« la partie du droit national qui doit son origine au fait de l'existence dans le monde de juridictions territoriales différentes et de lois différentes, *Rev. de droit international*, 1880, p. 23 »). — Voir une énumération complète des auteurs dans Darras, *De la connaissance, de l'application et de la preuve de la loi étrangère* dans *Clunet*, 1890, p. 447.

(1) Wächter, *Archiv für civil. Praxis*, t. XXV, p. 310 et auteurs cités par Bar, p. 103, n. 4.

C'est toujours la fausse idée que la loi étrangère est un fait, une allégation, et que toute allégation doit être prouvée par les parties (1).

Non : la loi, c'est le droit que le juge doit appliquer : s'il le connaît, pourquoi demanderait-il aux parties de le lui faire connaître ? (2). Si, malgré le soin avec lequel le juge a recherché la loi étrangère, il lui arrive — fait bien peu probable en pratique — de manquer totalement d'éléments d'appréciation sur cette loi, « le juge présumera en dernière analyse et sauf preuve contraire, que les dispositions de cette loi sont identiques à celles de sa loi nationale, de la *lex fori*, qui deviendra ainsi par interprétation et à titre subsidiaire applicable au litige » (3).

Nous verrons que plusieurs jurisprudences étrangères adoptent cette règle. Mais il convient de l'appliquer avec une extrême prudence et en dernier état de cause, sous peine d'aboutir à des conséquences absolument choquantes.

TROISIÈME OPINION. — Une troisième opinion, qui ne semble pas avoir recruté beaucoup de partisans, prétend

(1) *Reyscher württembergisches Privatrecht*, § 81 et les lois et décisions judiciaires citées par Bar, p. 103, n. 3.

(2) Laurent, II, p. 473, n° 264.

(3) Weiss, *Précis*, 2^e éd., p. 297 ; Paris, 12 décembre 1864, *Bulletin Cour Paris*, 1864, p. 225 ; C. d'appel New-York, 6 mars 1883, *Clunet*, 1884, p. 428 ; Westlake, *Journal Clunet*, 1882, p. 23 ; de Bar, t. I, p. 135 (décisions de la jurisprudence allemande, note 10) ; Loi monténégrine sur les biens, 1888, art. 7, *in fine*. — *Contra* : Laurent, II, p. 263 ; Despagnet, n° 24.

que l'application de la loi étrangère dépendrait de la volonté du tribunal. Le juge serait libre de décider un procès d'après deux lois à son choix : aucune obligation ne pèserait sur lui ; il pourrait à son gré recourir à la loi étrangère ou appliquer sa propre loi (1).

Cette opinion, plus encore peut être que la première, transforme le juge en législateur, puisqu'en effet il ne se borne plus à appliquer le droit, il le fait. A la rigueur on pourrait comprendre pareille solution dans un droit coutumier, mais précisément cette incertitude, cet arbitraire toujours possible de la part du juge avec un droit de cette nature, est un des grands inconvénients qu'il présente. Si le juge peut jouer ce rôle de législateur dans un pays coutumier, là au contraire où il y a des lois écrites, « le juge n'en est que le ministre » (2). C'est la plus forte garantie donnée au particulier de son impartialité.

De ce rapide exposé des opinions théoriques émises sur la question nous concluons donc que le juge doit d'office appliquer la loi étrangère, du moment où il constate que c'est elle qui, en vertu d'un texte ou des principes du droit international privé, régit un rapport de droit déterminé. Il doit, s'il ne la connaît pas, se renseigner sur son contenu et ses dispositions, sans laisser uniquement ce soin aux parties.

Tel est notamment l'esprit sinon la lettre de notre

(1) Kori, *Erörterungen*, III, p. 29.

(2) Laurent, III, p. 474.

législation. Les rédacteurs du Code civil ont soumis aux mêmes règles l'administration de la justice, que celle-ci ait à appliquer la loi nationale ou une loi étrangère. Il résulte en effet clairement des solutions en vigueur au moment de la rédaction du Code, qu'ils considéraient que lorsque le juge français est amené à appliquer une loi étrangère, c'est en vertu même d'un commandement du législateur français qu'il le fait, car en se référant à une loi étrangère, celui-ci s'est en quelque sorte approprié la règle contenue dans un texte étranger. Dans ces conditions, le juge français doit appliquer d'office la loi étrangère, alors même que la partie intéressée négligerait de s'en prévaloir.

Sa tâche, d'ailleurs, sera le plus souvent facilitée par la partie même qui se prévaut des dispositions de la loi étrangère qui lui sont favorables et dont elle produira, soit le texte authentique, soit une attestation.

Mais, de toute manière, le juge n'est pas obligé de garder une attitude expectante : il est maître et il a le devoir d'aller lui-même au devant des renseignements qui ne lui ont pas été volontairement ou complètement fournis ; il peut déterminer sa conviction comme il l'entend (1).

Notre jurisprudence n'est nullement dans ces idées. Poussant à l'extrême l'idée de territorialité, elle admet que chez nous la loi étrangère dépouille son caractère

(1) Weiss, p. 169.

de loi, qu'elle devient un simple fait. La première conséquence qu'elle tire de cette idée, c'est que la loi étrangère doit être prouvée par celui qui l'invoque, et il faut reconnaître que dans la pratique judiciaire de la plupart des autres Etats, les tribunaux ont estimé qu'il incombait aux plaideurs de prouver la consistance des lois étrangères et que ce soin ne saurait incomber aux juridictions saisies de l'instance principale.

« C'est à la partie qui prétend se prévaloir d'une disposition d'une loi étrangère qu'il appartient d'établir l'existence de cette disposition » (1), les questions de législation étrangère étant pour nos tribunaux des questions de fait (2).

Telle est la formule dans laquelle on pourrait résumer toute une longue série d'arrêts et de jugements qui posent cette règle comme un axiome, qui n'aurait besoin d'autre preuve que son évidence même. Et cette formule est vraie aussi bien dans notre jurisprudence que dans les législations et les jurisprudences étrangères.

Peu de législations ont tranché la question. Et parmi elles il n'en est pas qui déclare nettement que le juge doit appliquer d'office de la loi étrangère. Un très petit nombre parle de façon plus ou moins nette du devoir pour lui de se renseigner sur son contenu. Il faut d'abord citer le Code de procédure civile de l'Empire

(1) Trib. Nice, 17 juin 1801, *Clunet*, 1901, p. 975.

(2) Paris, 26 janvier 1888, *Clunet*, p. 391.

russe, qui dans son article 709 déclare que « le tribunal compétent est autorisé à se renseigner par l'intermédiaire du ministère des affaires étrangères, toutes les fois qu'il se présente la nécessité d'apprécier l'application d'une loi étrangère » (1).

Ce texte reconnaît donc la nécessité où peut se trouver le juge d'appliquer en Russie la loi étrangère. On pourrait croire à première vue que l'obligation pour le juge d'appliquer d'office la loi étrangère soit consacrée par le Code de procédure civile de l'Empire allemand du 30 janvier 1877, qui décide dans son article 265, non modifié par la loi du 17 mai 1898, que « le droit en vigueur dans un autre Etat, les coutumes et statuts n'ont besoin d'être prouvés qu'autant qu'ils ne sont pas connus du tribunal. Pour la recherche de ces règles de droit, le tribunal n'est pas limité aux moyens fournis par les parties ; il peut encore puiser à d'autres sources de renseignements et peut ordonner tout ce qui lui paraît nécessaire » (2).

Il ne faudrait pas, néanmoins, conclure de ce texte que le juge est toujours obligé de déterminer d'office le sens des lois étrangères : lorsqu'en effet la question porte sur un point de droit ignoré par le juge, c'est à la partie qui l'invoque à faire la preuve de cette disposition. Ce texte n'a fait que confirmer la jurisprudence antérieure et que l'on trouve exposée dans un arrêt de

(1) *Clunet*, 1901, p. 680.

(2) *Clunet*, 1901, p. 449.

la Cour suprême commerciale de Leipzig du 4 février 1871, et qui s'exprime ainsi (1) : « Quoique le juge *doive* appliquer le droit étranger en tant qu'il lui est connu, et *puisse* à cette fin s'en enquérir *d'office*, cependant le juge n'est pas *obligé* de connaître le droit étranger ou de le rechercher par une information d'office, et la maxime *jura novit curia* ne peut être invoquée en matière de droit étranger. S'il s'agit d'un droit étranger inconnu du juge, c'est l'affaire de la partie qui l'invoque d'en administrer la preuve. »

Il faut donc distinguer deux cas :

1° Quand un rapport de droit est par sa nature soumis à la prédominance de la loi étrangère, le juge ne doit appliquer celle-ci qu'autant qu'elle lui est connue, et il peut baser cette connaissance, soit sur sa science propre, soit sur la preuve faite par les parties ;

2° S'il ne connaît pas la loi étrangère, il peut en exiger la preuve des parties qui l'invoquent, ou faire d'office les recherches nécessaires, mais il n'y est pas *obligé* (2).

Cependant certains auteurs prétendent qu'il ne faut pas conclure que la législation allemande ne considère la loi étrangère que comme un simple fait, et en effet elle ne se place pas absolument à ce point de vue quant à la question du recours en cassation pour violation de la loi étrangère (3).

(1) *Clunet*, 1874, p. 80.

(2) *Reichsgericht*, 23 mars 1897 ; *Clunet*, 1900, p. 634.

(3) De Bar, dans *Clunet*, 1889, p. 7, n. 1.

En Autriche, un décret impérial du 23 janvier 1794 disposait que le juge autrichien n'était pas tenu de connaître les lois étrangères : c'était à la partie qui s'en prévalait à prouver qu'elles diffèrent de la loi autrichienne. — C'était une question controversée que de savoir dans quelle mesure les juges pouvaient rechercher par eux-mêmes le sens des lois étrangères. — La jurisprudence de certaines Cours d'appel, confirmée par la Cour suprême, avait déclaré que l'autorité judiciaire peut toujours admettre l'existence d'une loi généralement connue, encore que la partie ne fasse pas la preuve (1).

Aujourd'hui le Code de procédure civile du 1^{er} août 1895 reproduit dans son article 271 presque textuellement l'article 265 du Code de procédure civile allemand avec néanmoins, cette variante *in fine* : « Il (le tribunal) peut d'office se livrer à toutes investigations qui lui paraissent utiles dans ce but, et en particulier, autant que cela est nécessaire, demander l'intervention du ministre de la justice » (2).

Les autres législations qui consacrent une disposition formelle à l'application de la loi étrangère en mettent la preuve à la charge des parties, car c'est pour elles un simple fait.

Ainsi le Code civil argentin de 1869, dans l'article 13 du titre I préliminaire dispose : « L'application des lois

(1) Cour suprême, 26 septembre 1882 ; *Clunet*, 1886, p. 464 ; 25 février 1880 ; 1886, p. 467 ; Weiss, t. III, p. 467.

(2) *Clunet*, 1901, p. 453.

étrangères, dans les cas où elle est admise, n'aura jamais lieu qu'à la requête de la partie intéressée, si ce n'est lorsque ces lois sont obligatoires dans le pays, soit en vertu d'un texte formel de la législation nationale, soit en vertu de traités diplomatiques » (1).

En Espagne, « la preuve des lois étrangères..... est une question de fait et comme telle soumise à la preuve..... » (2).

Le Code général des biens du Monténégro de 1888 n'impose aux juges monténégrins l'obligation de prendre en considération les lois étrangères qu'autant qu'un traité ou une disposition légale le leur prescrit formellement. La preuve de la loi étrangère incombe à celui qui l'invoque (3).

Au Mexique le Code de commerce, après avoir spécifié que les faits seuls peuvent être prouvés, ajoute : « le droit sera susceptible de l'être dans quatre cas seulement où il est fondé sur des lois étrangères : celui qui les invoque doit prouver que ces lois existent et qu'elles sont applicables à l'espèce » (4).

Le Code portugais contient une disposition analogue : article 2405 : « Dans les cas où quelque statut ou ordon-

(1) Cf. Palomègue, *J. Clunet*, 1887, p. 553.

(2) Torrès Campos, « Le droit international privé en Espagne », *Revue pratique de droit international privé*, 1892, 2^e partie, p. 47. — *Clunet*, 1901, p. 672.

(3) Art. 7, trad. Dareste et Rivière.

(4) Code de commerce, art. 1197, traduction Prudhomme ; Code civil, art. 19 ; de la Grasserie, *Code civil mexicain, résumé analytique*, p. 18 ; Weiss, III, p. 201, note *in fine*.

nance communale de ce pays, ou bien une loi étrangère quelconque, serait invoquée, dont l'existence est contestée, celui qui invoquera un tel statut, ordonnance ou loi, sera obligé d'en prouver l'existence » (1).

De même certaines lois cantonales suisses précisent que la charge de la preuve incombe à celui qui prétend s'en prévaloir (C. civ. Fribourg, art. 9 ; C. civ. Berne, art. 3).

Dans les pays où la législation n'a pas tranché la question, la jurisprudence se prononce dans un sens analogue.

En Angleterre (2), comme au Canada (3) ou en Allemagne (4), la preuve de la loi étrangère est assimilée à celle d'un simple fait laissée à la charge de la partie qui en invoque les dispositions.

C'est également le principe reconnu par la jurisprudence égyptienne. La Cour d'appel d'Alexandrie (14 juin 1876, *Clunet*, 1876, p. 494) a aussi déclaré que c'était à celui qui invoque une prescription résultant d'une loi étrangère à faire la preuve de celle-ci.

La jurisprudence belge et la jurisprudence française ont adopté sur la question des solutions identiques.

(1) Weiss, t. III, p. 167, note ; *Clunet*, 1901, p. 679.

(2) Haute Cour, Banc de la Reine, 3 février 1891, *Clunet*, 1891, p. 257 ; 15 février 1889, *Clunet*, 1889, p. 876.

(3) Darras, « Preuve de la loi étrangère », *Clunet*, 1901, p. 455 et les auteurs cités par lui en note.

(4) Trib. sup. comm., 14 février 1871, *Clunet*, 1874, p. 80.

Dans les deux pays, la preuve de la loi étrangère est considérée comme la preuve d'un fait (1).

La même opinion domine la jurisprudence des différents Etats de l'Union américaine (2).

Enfin il faut noter que la jurisprudence italienne, tout en admettant le même principe (3), y apporte une exception lorsqu'il s'agit de lois étrangères qui, comme le Code Napoléon ou le Code civil autrichien, ont été jadis en vigueur en Italie et dont certaines juridictions ont considéré la preuve comme inutile, parce qu'elles étaient particulièrement connues en Italie (4).

(1) Cass., 6 février 1843, S. 43.1.217 ; 4 juin 1872, S. 72.1.160 ; 22 février 1875, S. 76.1.72, D. 75.1.471 ; 16 mai 1888, S. 91.1.509, D. 88.1.305 ; 9 février 1892, *Clunet*, 1893, p. 541 ; Bordeaux, 6 avril 1881 ; C. cass., 26 juin 1882, S. 82.1.346, D. 83.1.33 ; 1^{er} mars 1889, S. 92.2.76, D. 90.2.89 ; Chambéry, 23 février 1885, *Clunet*, 1885, p. 665 ; Douai, 22 mars 1886, S. 88.2.147 ; Rennes, 7 février 1890, *Clunet*, 1892, p. 209 ; Seine, 17 avril 1885, *Clunet*, 1886, p. 593 ; Seine, 18 juillet 1885, *Clunet*, 1886, p. 188 ; 1888, p. 391 ; Nice, 17 juin 1901, *Clunet*, 1901, p. 975 ; Paris, 15 mai 1901, *Clunet*, 1902, p. 822 ; 14 octobre 1891, *Clunet*, 1892, p. 681 ; Paris, 26 janvier 1888, *Clunet*, 1888, p. 390 ; Anvers, 14 novembre 1878, *Pasicrisie*, B. 79.3.164 ; Trib. Dinan, 20 février 1902, *Clunet*, 1902, p. 878.

(2) C. de la Louisiane, 1858, 1865, *Clunet*, 1878, p. 317.

(3) Cass. Turin, 9 novembre 1891, *Clunet*, 1894, p. 691 ; 28 avril 1898, *Clunet*, 1897, p. 1075 ; Cass. Florence, 20 février 1896, *Clunet*, 1896, p. 630 ; C. d'app. Gênes, 11 décembre 1895, *Clunet*, 1899, p. 191 ; 10 décembre 1894, *Clunet*, 1896, p. 907.

(4) Lessona, « La preuve des lois étrangères », *Revue de droit international et de législations comparées*, 1895, p. 550. — On peut également citer comme admettant la même idée les jurisprudences espagnole : trib. sup. Madrid, 15 janvier 1885, *Pand fr.*, 88.5.18 ; portugaise : trib. sup. Lisbonne, 18 décembre 1891, *Revue pratique du droit international privé*, 1892. 1.129 ; roumaine : Cass., 19 avril 1893, *Revue du droit international privé et de législations com-*

De ce que la loi étrangère est un fait dont la preuve s'impose à celui qui l'invoque, il résulte que dans les pays où, comme en Angleterre et aux Etats-Unis, les procès civils peuvent être soumis à un jury, c'est à celui-ci qu'il appartient d'apprécier le mérite de la preuve que l'on prétend faire de la loi étrangère. Le rôle du juge doit se borner ici à faire connaître au jury quel est le pays dont il faut appliquer la législation (1).

Mais si les parties ne prouvent pas la loi étrangère, que va-t-il se produire ?

Puisque dans l'opinion courante le juge ne doit pas intervenir et appliquer d'office la loi étrangère, il doit agir sans tenir compte de celle-ci et appliquer sa loi nationale. C'est en effet la conséquence logique à laquelle aboutit cette opinion et qui est consacrée par des décisions judiciaires de tous pays.

L'arrêt de la Cour suprême commerciale de Leipzig du 14 février 1871 que nous avons déjà cité, dispose en effet, que c'est à la partie qui invoque la loi étrangère à en faire la preuve, « sinon elle ne peut se plaindre que le juge ne soit pas en état d'appliquer une loi étrangère qu'il ne connaît pas, et qu'il décide d'après le droit indigène qu'il connaît ».

Le juge peut donc d'après des présomptions décider

parées, 1894, p. 290 ; grecque : Aréopage, section A, 1896 ; 260 ; *Clunet*, 1901, p. 845 ; section A, 1896, n. 243 ; *Clunet*, 1901, p. 844.

(1) Westlake, « La doctrine anglaise en matière de droit international privé », *Clunet*, 1882, p. 23 ; Laurent, II, n° 271, *in fine*.

que le droit étranger à lui inconnu est en harmonie avec le droit national, présomptions toutefois qui peuvent être combattues par la preuve contraire.

C'est en somme la conclusion à laquelle aboutissent les jurisprudences de la plupart des autres pays. En Angleterre, par exemple (comme aux États-Unis), les lois étrangères sont présumées identiques à la législation anglaise, excepté toutefois les institutions qui, en Angleterre, ne fonctionnent que moyennant un service spécial, comme la faillite (1).

C'est ainsi qu'il a été jugé par la Cour de l'Etat de New-York, à propos des formes du mariage, que si justification n'est pas fournie des formes requises par la loi étrangère pour la validité du mariage, le juge (américain) peut présumer qu'elles sont les mêmes que celles admises par l'Etat de New-York. A défaut d'une justification de la loi française, le juge présumera donc que le mariage par simple consentement suivi de cohabitation doit être reconnu en France, et il arrive à déclarer un pareil mariage comme valable, comme contracté en France suivant les formes de la loi française. Le motif s'applique du reste aux biens : si la loi française différait de la loi américaine, les défendeurs ne manqueraient pas d'en faire la preuve (2).

En France comme en Belgique, au cas d'inaction des

(1) Westlake, dans *Clunet*, 1882, p. 23.

(2) *Clunet*, 1884, p. 428 ; Circuit Cour of appeals (7^e), 23 mars 1900, *Clunet*, 1900, p. 1018.

parties intéressées, les tribunaux présument la loi étrangère identique à la loi nationale. Cependant il semble qu'une certaine tendance à se départir de cette attitude expectante se manifeste chez nous (1). « Le juge français est censé ignorer la loi étrangère, disait M. l'avocat général Desjardins..., où cette présomption d'ignorance et d'impuissance est-elle écrite ? De quelles prémisses la fait-on dériver ? N'est-ce pas un écho de cette idée surannée que vous avez plusieurs fois condamnée vous-mêmes : le juge français ne peut appliquer que le statut français ; il ne sait rien, ne voit rien, ne comprend rien en dehors du droit français ?... (2). »

L'opinion unanime de la jurisprudence qui assimile la loi étrangère à un simple fait ne doit pas être approuvée. Cette théorie qui favorise peut-être un peu trop l'indolence des magistrats est en effet contraire à l'idée même du droit international privé. Si celui-ci constitue, ainsi qu'on s'accorde à le reconnaître, un véritable droit, c'est en vertu d'un droit que les lois étrangères veulent être appliquées, et c'est aux magistrats serviteurs du droit qu'il appartient de les invoquer et d'en pénétrer le véritable sens (Pillet, p. 84). N'est-ce pas d'ailleurs sur une confusion que se fonde l'assimilation de la loi étrangère à un simple fait ?

Dans les affaires qui doivent être décidées par le droit

(1) Pau, 14 février 1882, S. 84.2.129 ; Paris, 12 décembre 1864, *Bulletin Cour de Paris*, 1864, 225.

(2) *Clunet*, 1893, p. 546.

international, le juge ne peut pas dire qu'il ne connaît que sa loi nationale, cela serait contradictoire dans les termes ; il est juge international, et comme tel il doit tenir compte des lois étrangères aussi bien que des lois nationales. La nature de l'affaire exige-t-elle que la loi étrangère soit appliquée, le juge doit le faire ; il ne peut donc pas se renfermer dans sa loi nationale, et dire qu'il ne connaît pas de loi étrangère : il doit au besoin l'appliquer d'office, comme il le fait pour des lois de son pays ; donc il doit la connaître. La règle que la loi étrangère est un fait ne peut concerner que la preuve, et même ainsi considérée elle a besoin d'une restriction pour être vraie. On semble dire que la loi nationale n'a pas besoin de preuve, tandis que la loi étrangère a toujours besoin d'être prouvée. Cela n'est pas exact. Tout doit être prouvé en justice, l'existence de la loi aussi bien que les faits de chaque cause. Il n'y a, quant au principe, aucune différence entre la loi nationale et les lois étrangères. Seulement la preuve peut être plus difficile quand il s'agit de la législation d'un pays éloigné (1).

Le juge est renseigné sur l'existence, le texte et l'esprit des lois étrangères, comme il l'est sur l'existence, le texte et l'esprit des lois nationales. Il doit donc, s'il ne les connaît pas déjà, en acquérir la connaissance par ses recherches, ses études, et se procurer les textes,

(1) Laurent, n° 269.

leurs commentaires, s'enquérir de la jurisprudence des tribunaux étrangers. La tâche lui sera singulièrement facilitée par les parties, mais si les documents qu'elles produisent ne suffisent pas pour l'édifier, il doit compléter son savoir par ses efforts personnels. Il pourra demander au gouvernement, au ministre de la justice, de lui fournir des documents sûrs, des attestations émises des autorités étrangères.

On ne doit pas assimiler le contenu de la loi étrangère à un fait de la cause et laisser à la partie qui l'invoque tout le soin de le prouver. Dans la cause il n'est pas le fait, il est le droit. Les parties n'ont point à enseigner le droit au juge, c'est lui qui doit au besoin le leur révéler. Elles demandent qu'on leur applique le droit et elles ne sont pas forcées de le connaître. La loi étrangère, comme la loi nationale, est publique, surabondamment attestée par sa promulgation et son application, et le juge peut toujours la connaître, sinon promptement, du moins facilement, même sans le secours des parties. Il serait déplorable que l'ignorance et l'incapacité d'un plaideur lui fissent perdre son procès, alors que la loi suivant laquelle l'affaire devait être jugée se prononce formellement en sa faveur (1).

Ce n'est donc point aux parties, contrairement à l'opinion de la jurisprudence, qu'incombe la preuve de la loi étrangère. Sans doute, la plupart du temps elles

(1) De Vareilles-Sommières, « La synthèse du droit international privé », *Clunet*, 1900, p. 289.

fournissent au juge des renseignements sur ce point, mais s'ils sont insuffisants celui-ci peut les compléter de son propre chef et il peut les contrôler. L'unanimité de la jurisprudence s'explique peut-être par une hésitation commune en face de la difficulté que peut parfois présenter une semblable recherche. Mais, quelle qu'elle soit, cette difficulté ne doit point prévaloir sur les véritables principes (1).

Ceux-ci vont également nous permettre de résoudre une dernière question. Le juge, dans l'application d'une loi étrangère, est-il lié aux opinions admises dans le pays de la législation duquel il s'agit ? Il a été jugé que le tribunal français n'est pas tenu de s'arrêter aux sentences judiciaires, aux interprétations même officielles dont il est fait état à sa barre ; que ces documents n'ont pour lui que la valeur d'une opinion doctrinale et ne l'obligent en rien (2).

En Allemagne également, il a été jugé que l'interprétation donnée à la loi étrangère par la jurisprudence du pays où elle est en vigueur n'a rien d'obligatoire pour les tribunaux nationaux auxquels il incombe de l'appliquer (3).

Lorsque le juge applique dans un pays une loi étrangère, c'est en effet au nom et sous la responsabilité de

(1) Pillet, p. 85.

(2) Montpellier, 28 janvier 1895, *Clunet*, 1895, p. 618 ; Weiss, III, p. 168-169.

(3) Trib. sup. Cologne, 26 octobre 1891 ; *Zeitschrift für intern. Privat und Strafrecht*, 1894, p. 63.

l'Etat auquel il appartient qu'il rend la justice, quand bien même il emprunterait la totalité de sa sentence à la législation étrangère. C'est donc à lui qu'il appartient de dégager le sens de celle-ci, et si en fait il tiendra souvent le plus grand compte des opinions dominantes en pays étranger, celles-ci n'ont pas pour lui un caractère obligatoire (1).

(1) Pillet, p. 85.

CHAPITRE II

PREUVE DES DISPOSITIONS DE LA LOI ÉTRANGÈRE.

Du moment où l'on admet que la loi étrangère est un fait, il semble qu'il faudrait lui appliquer les règles que les Codes établissent sur les preuves légales, et admettre tous les modes de preuve de droit commun qu'ils consacrent. C'est l'opinion qui a été soutenue par plusieurs auteurs (1).

Cependant on apporte en général une exception sur ce point à la liberté des parties : on leur interdit de recourir à la preuve par serment ou à l'aveu (2).

Si, en effet, le juge s'est prononcé en faveur de l'application de la loi étrangère, c'est que tel est le droit pour lui ; il est dès lors inadmissible qu'il abandonne à la partie intéressée la décision qu'il doit rendre et qui ne peut être que le résultat de sa propre conviction. Il peut bien demander le concours des parties pour l'aider à connaître la loi étrangère, mais l'aveu et le serment sont

(1) Aubry et Rau, t. VIII, p. 152, § 749, n° 4 ; Huc, t. I, n° 76 ; Demolombe, t. II, p. 491 ; Féraud-Giraud, « Du recours en cassation pour violation d'une loi étrangère », *Revue de droit international et de législations comparées*, 1892, p. 242 ; Boistel, *Droit commercial*, n° 23.

(2) Rolin, *Principes de droit international privé*, t. I, n° 522 ; de Bar, t. I, p. 138.

de véritables transactions par lesquelles il s'en rapporte à la bonne foi des parties, et sa sentence ne peut certainement pas être abandonnée à ces dernières (1).

Sans doute, un fait peut être constaté par l'aveu d'une partie, encore faut-il que le fait soit de nature à être avoué. Or le droit que le juge doit appliquer à la contestation est-il un fait susceptible d'être avoué ?

« Je suis étonné, dit Laurent, que Mittermaier (2) ait défendu cette doctrine qui est une *hérésie juridique*. Il n'est pas vrai, comme il le dit, que la loi soit un fait qui se prouve d'après le droit commun ; la loi est une déclaration solennelle du pouvoir législatif, organe de la souveraineté nationale. Il n'est pas vrai non plus qu'il ne s'agisse que de l'intérêt des parties plaidantes et que l'intérêt général soit hors de cause. Toute loi n'est-elle pas essentiellement d'intérêt général et les parties peuvent-elles par leurs reconnaissances et leurs renoncements modifier ce qui est d'intérêt public ? C'est ce que dit très bien Schäffner (3), un avocat, et par conséquent ayant le sens pratique, tandis que les professeurs décident *à priori*, comme s'il s'agissait de formules d'algèbre. Mais chose singulière : après avoir rejeté l'aveu, Schäffner admet le serment, en y ajoutant cette réserve : pourvu que le serment soit admissible d'après les circonstances de la cause. Est-ce que le serment peut

(1) Laurent, t. II, p. 487 ; Despagnet, p. 27, n° 24.

(2) *Archiv für civ. Prax.*, XVIII, p. 75.

(3) *Intern. Privatrecht.*, § 260, p. 208.

jamais être déféré sur un objet qui n'est point dans le commerce ? Et Mittermaier, qui admet l'aveu, rejette la preuve testimoniale parce que le droit n'est pas un fait qui tombe sous les sens, que l'on voit ou que l'on entend : le témoin devrait déposer sur ce qu'il sait, or pour savoir le droit, il faut être juriste. — Sans doute, mais pourquoi ne choisirait-on pas les témoins parmi les légistes ? »

Il faut donc écarter ces deux modes de preuve, et il nous semble bien difficile d'admettre également à cet égard les présomptions.

Peut-on prouver le droit par des présomptions légales ? La question, répond Laurent, n'a point de sens. Quel est en effet le fait connu dont on pourrait induire l'autre fait inconnu qu'il s'agit de prouver ? Tout au plus peut-on admettre que les décisions de la jurisprudence étrangère sur une question très voisine de celle soumise au tribunal amèneront celui-ci à statuer de même dans le cas qu'il a à examiner, l'analogie le conduisant à penser que telle est sans doute la manière de voir du législateur étranger (1).

La question de la preuve par présomptions se rattache d'ailleurs étroitement à celle de la preuve par témoins, puisque les présomptions de l'homme sont admissibles dans le cas où la loi admet la preuve testimoniale. La preuve par témoins peut-elle servir à établir un point de droit ?

(1) Despagne, p. 29, n° 24.

Il est certain que ce mode de preuve doit être admis si le droit à prouver présente un caractère coutumier, et une pratique séculaire l'a consacré, les enquêtes par turbes et les actes de notoriété n'étant point en effet autre chose que des témoignages. Mais on ne peut conclure de là à l'admissibilité de la preuve par présomptions : comment peut-il être question d'établir le droit, qui doit être certain, sur un raisonnement ? Il serait donc tout à fait chanceux d'établir sur ce point une analogie entre le fait de la loi et les autres faits juridiques dont la loi a organisé la preuve. L'application de la preuve par témoins à des dispositions législatives ne sera point d'ailleurs sans soulever des difficultés. Devra-t-on appliquer ici le droit commun des enquêtes ? Tout autre en effet est le témoignage que le juge reçoit pour établir un fait matériel ou juridique, et la disposition qui a pour objet de prouver une règle de droit. Il suffit de se reporter aux règles que l'on suivait jadis dans les enquêtes par turbes et la rédaction des actes de notoriété pour voir qu'il ne peut être question d'appliquer en cette matière le droit commun de la preuve par témoins. En réalité les témoignages reçus sur une disposition de loi étrangère constituent bien plutôt une expertise et c'est bien en ce sens que l'entendent les tribunaux anglais. Il ne s'agit pas en effet d'entendre en justice des personnes qui ont vu ou entendu un fait dont la connaissance déterminera l'opinion du juge. Il est impossible d'appliquer ici les règles ordinaires du

témoignage : tout dépend de l'honorabilité et de la science de l'expert.

La question que soulève aujourd'hui la preuve de la loi étrangère se posait dans notre ancien droit pour la preuve des Coutumes en dehors de leur ressort.

Depuis que l'ordonnance de 1667 avait supprimé les enquêtes par turbes, qui avaient donné lieu à de graves abus, on avait recours aux actes de notoriété, c'est-à-dire à des attestations délivrées, sur la Coutume ou un usage local, par des officiers de justice ou par plusieurs avocats réunis (1). Ces actes de notoriété étaient de deux espèces : les uns étaient faits par les officiers de quelque siège du ressort d'une Cour souveraine en exécution d'un ordre de celle-ci (Voici, d'après Denisart, une formule d'arrêt ordonnant la production d'un acte de notoriété) :

« La Cour, avant faire droit, ordonne que par devant le lieutenant particulier de Moulins, douze anciens, tant officiers qui n'auront assisté au procès, qu'avocats et praticiens par lui nommés d'office, seront entendus pour savoir l'usage suivi sur l'âge de tester, tant dans les jugements, transactions et autres actes dont ils auront connaissance, lesquels ils pourront mettre en mains dudit juge commis. — Et, pourront les parties repré-

(1) Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, Edit. de Camus et Bayard, Paris, 1783, t. I ; V^o *Acte de notoriété*. — Cf. Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, ch. XIII, nos 71 et 89.

senter par devers lui telles pièces justificatives dudit usage, qu'elles aviseront bon être, dont sera dressé procès-verbal, pour icelui, ensemble les pièces qui seront jointes, vu et rapporter, être fait droit ainsi que de raison. »

Les autres étaient destinés à instruire le juge d'une province sur le droit d'une autre province, et étaient le plus souvent délivrés sur la réquisition des parties intéressées. Les actes de notoriété, d'ailleurs, ne semblent pas avoir présenté beaucoup plus de garanties que les enquêtes par turbes. Il semble qu'on leur préférât le témoignage des auteurs qui avaient écrit sur le droit d'une région. Mais on n'avait pas toujours ce moyen à sa disposition, et, faute de celui-ci, on s'en tenait aux actes de notoriété (1).

C'est un mode de preuve auquel aujourd'hui on ne peut plus recourir, au moins dans les pays régis par le Code Napoléon.

On sait en effet, que par une interprétation peut-être

(1) Des actes de notoriété furent parfois produits à l'étranger : acte de notoriété du 16 janvier 1680 délivré par le lieutenant civil de la Ville, prévôté et vicomté de Paris à la duchesse de Mecklembourg pour attester devant la Chambre impériale de Spire que la Coutume de Paris interdit les dons entre époux ; acte de notoriété du 3 mai 1758 accordé à Marie-Thérèse de Montmorency, veuve du duc de Boufflers, pour établir devant les échevins de Gand qui avaient fait saisir la succession de son aïeule pour défaut de paiement du droit d'issue du dixième du prix des meubles, qu'un Parisien qui s'était établi à Gand et qui venait recueillir une succession à Paris ne payait pas le droit d'issue à Paris (Denisart, *Actes de notoriété du Châtelet de Paris*, p. 501).

exagérée de l'article 5 de ce Code, il a été décidé que les tribunaux ne peuvent plus délivrer d'actes de notoriété ou de réversales, c'est-à-dire constater à la demande d'un tribunal étranger ou national quelle est l'interprétation donnée à la loi nationale sur tel point litigieux (1).

Toutes les législations n'ont point rejeté la pratique des actes de notoriété. En Angleterre, une loi de 1859 autorise en effet tout tribunal d'une partie quelconque des Dominions britanniques à demander à une Cour supérieure de n'importe quel autre Dominion le droit qui, selon la législation de cette dernière, ressortira des faits de la demande. Une autre loi, de 1861 (2), autorise le souverain à faire des conventions avec les Etats étrangers, pour que les tribunaux de l'un des Etats soient obligés de fournir à ceux de l'autre des renseignements sur les points litigieux de la législation locale. Cette loi règle la procédure à suivre en pareil cas : mais il paraît qu'aucune convention de ce genre n'était encore signée en 1898 (3).

(1) Cass., 14 avril 1824, D. Rép., V° *Acte de notoriété*, n° 4-2° ; Bruxelles, 10 mai 1816, *Pasicrisie*, 1816, p. 181 ; Bruxelles, 27 avril 1831, *Pasicrisie*, 1831, p. 220 ; Bruxelles, 14 août 1837, *Pasicrisie*, 1837, p. 221. — Merlin, *Rép.*, V° *Notoriété* ; Laurent, II, n° 267 et suiv. ; Asser, p. 37 ; Lessona, *Revue de droit international et de législations comparées*, 1886, p. 552 ; Massé, t. II, n° 783 ; Demolombe, t. I, 109, 110 ; Darras, *Clunet*, 1900, p. 443.

(2) 17 mai, 24 Victoria, C. II, Foote, *A concire treatire ou private international jurisprudence*, 2° édit., 1890, p. 539.

(3) Westlake, « La doctrine anglaise en matière de droit international privé », *Clunet*, 1882, p. 24 ; L. Renault, *Ann. législ.étr.*, 1899, p. 68, n° 1 ; Darras, *Clunet*, 1901, p. 444.

Les systèmes de preuve admis en pratique par les lois et la jurisprudence des divers pays sont très nombreux et il serait très difficile d'en présenter une théorie d'ensemble. Mais ce travail se trouve facilité par un relevé consciencieux et détaillé que Darras a présenté des différentes preuves reçues dans la plupart des pays.

On peut en somme les ramener aux différentes catégories suivantes. L'intéressé prouvera la disposition de la loi étrangère qu'il invoque, soit en produisant le texte authentique de la loi dont il se prévaut, ou un certificat officiel de coutumes délivré par l'autorité publique étrangère, soit en présentant le parère d'un magistrat, soit une consultation des jurisconsultes étrangers, ou enfin des décisions judiciaires étrangères.

Quand le droit consiste en lois, soit séparées soit réunies en Codes, la preuve paraît au premier abord très facile et elle l'est en effet dans les pays où ces lois ont été portées. En France, en Belgique, en Italie par exemple, il est rare qu'il s'élève une difficulté sur la preuve d'une loi contenue ou non dans un Code. Il suffira de produire le texte officiel pour avoir une preuve décisive, et il est même excessivement rare qu'il soit nécessaire d'en collationner le texte avec la minute officielle. Il pourra en être tout autrement si l'on invoque ce Code devant une juridiction étrangère. Le document perd alors de sa certitude. A quelles erreurs serait par exemple exposé le juge anglais ou américain devant lequel on produirait une édition ancienne du Code civil

français. Sans remonter à l'édition primitive, quelles solutions erronées ne rendrait-il pas en matière de propriété et de droits réels, s'il se référait à une édition antérieure à la loi du 23 mars 1855, et même plus près de nous, en ne remontant pas à plus de dix ans, ne serait-il pas exposé à ouvrir un Code qui ne contienne pas encore la loi de 1891 sur les droits du conjoint survivant, celles de 1896 ou de 1898 sur les droits successifs des enfants naturels ou le rapport des legs ? Le juge étranger ne peut évidemment être obligé de se tenir strictement au courant des dispositions nouvelles de nos lois, pas plus que le juge français ne peut naturellement connaître toutes les modifications législatives de l'étranger. Tout le monde sait que le Code Napoléon s'applique en Belgique : et que, fort de cette assurance, un juge allemand se reporte à une édition française de ce Code, quelle sera sa décision sur une question d'hypothèque judiciaire, par exemple ?

Les tribunaux sont d'ailleurs excusables de se tromper sur le contenu d'une loi étrangère, quand, dans le pays même où celle-ci s'applique, un lapsus du législateur, ou la défectuosité du procédé de publication des lois peut induire en erreur la jurisprudence nationale.. C'est ce qui se produit en France (1) notamment, sans

(1) Ainsi le renvoi de l'art. 2255 du Code civil français à l'art. 1561 s'applique en réalité, du moins d'après certains commentateurs, à l'art. 1560 ; le renvoi de l'art. 477 du Code pénal à l'art. 476 s'applique en réalité à l'art. 475, § 5 ; dans l'art. 213 du Code de commerce

qu'il soit peut-être trop téméraire de penser que nous n'avons pas le monopole de ces erreurs (1).

Il n'est donc pas surprenant que l'on puisse relever dans les décisions judiciaires des erreurs étonnantes sur le sens d'une loi étrangère. Ainsi le tribunal de Brünn a décidé que les jugements français étaient de plein droit exécutoires en Autriche, parce que les jugements étrangers rendus à l'étranger étaient exécutoires en France sans nouvel examen de fond. On sait au contraire que les juges français prétendent avoir un droit de révision sur le jugement étranger, dont on leur demande l'exequatur (2).

L'erreur du tribunal de Brünn s'explique par l'ambiguïté de la rédaction d'une note que lui avait adressée

le mot « tiers saisi » est à la place de « débiteur saisi » ; dans l'art. 41 de la loi du 3 mai 1841 « magistrat directeur » a été substitué à « l'expropriant » ; dans la loi du 5 avril 1899 sur le casier judiciaire, il y a confusion entre le bulletin n° 2 et le bulletin n° 3. — Cf. Darras, *Clunet*, 1901, p. 210.

Exemples d'erreurs commises dans la promulgation : loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. L'art. 3, dernier alinéa, portait « les représentants d'un ouvrier étranger ne recevront aucune indemnité si, au moment de l'accident, il ne réside pas sur le territoire français », qu'il faut rectifier ainsi d'après une note insérée au *Journal officiel* du 15 avril « ... ils ne résident pas sur le territoire français ». Le système de rectifications insérées à l'*Officiel* est d'ailleurs très imparfait. — Darras, *loc. cit.*, note 1.

(1) On en peut citer quelques-unes pour l'Espagne (loi électorale du 16 juin 1890, publiée dans la *Gazeta* du 28 juin 1890), ou la Belgique (erreur du tribunal civil de Gand, 17 janvier 1900). *Rivista di diritto internazionale*, mai 1900, p. 249 sur le caractère obligatoire de la Convention de la Haye du 14 novembre 1896, erreur provoquée par une insertion inexacte au *Moniteur belge* du 14 mai 1899.

(2) 21 janvier 1893, *Clunet*, 1894, p. 908.

sur la question le ministre de la justice d'Autriche. Dans le même ordre d'idées, le tribunal d'Epinal, qui, s'appuyant sur les articles 100 et 368 du Code civil italien, a déclaré que dans les pays de Capitulations, les consuls italiens ne pouvaient valablement célébrer le mariage d'un Italien et d'un étranger, tandis que la loi consulaire italienne du 28 janvier 1886 considère le mariage entre Italien et étranger contracté devant un consul italien comme valable, dans les cas où les lois ou coutumes locales ne s'y opposent pas, ce qui est justement le cas dans les pays de Capitulations (1).

La question de la consultation de la loi écrite étrangère a donné lieu en Angleterre à de graves discussions. Lorsque la loi étrangère invoquée devant eux était une loi écrite, les tribunaux anglais se montrèrent d'abord très stricts : ils exigeaient la production du texte même de la loi et ils se montraient très rigoureux sur l'authenticité de la copie à fournir devant eux (2). Mais en 1845 une affaire célèbre mit aux prises les juriconsultes anglais les plus éminents (3). Il s'agissait de faire la preuve de la loi française. Fallait-il s'en rapporter au Code civil ? Oui, dit lord Campbell, il vaut mieux consulter le Code Napoléon, qui nous apprend ce que le législateur français a décidé, que d'entendre un té-

(1) Epinal, 14 août 1889, *Clunet*, 1890, p. 447.

(2) Darras, *Clunet*, 1901, p. 450 ; Wharthon, *Treatise on the conflicts of laws*, §§ 775. Note W. Story, 7^e édit., § 641, a, note 4.

(3) Affaire Baron de Bode, Wharthon, § 775, note w.

moins dont la mémoire est en défaut ou dont l'esprit peut être prévenu. Non, répondait lord Brougham, le Code ne nous apprend rien si un témoin ne vient avant tout nous dire ce que signifie la disposition du Code que l'on allègue (1).

La jurisprudence s'est montrée, depuis cette époque, moins sévère et elle admet que la preuve de la loi étrangère peut se faire par experts.

La production d'une copie authentique certifiée telle par le pouvoir exécutif ou par le tribunal du pays où elle est applicable, ou au moyen de commissions rogatoires adressées aux juges de ce pays, est le mode de preuve de la législation étrangère exigée par la loi colombienne dans ses dispositions sur le mariage ou les nullités de mariage (2).

Dans l'Etat de New-York, une copie imprimée d'un document législatif étranger, contenue dans un livre ou une publication émanant des autorités publiques du pays étranger a par elle-même force probante (3).

En France, il a été décidé que nos tribunaux peuvent admettre comme preuve du droit étranger une copie authentique de la loi étrangère (4), mais ils ne

(1) Laurent, n° 271, p. 491.

(2) Cf. Champeau et Uribe, *Tratado de derecho civil colombiano*, t. I, p. 83 ; Darras, *Clunet*, 1901, p. 456, n° 38.

(3) Darras, *Clunet*, 1901, p. 673.

(4) Bordeaux, 21 décembre 1886, *Clunet*, 1887, p. 600, *Rec. de Bordeaux*, 87.91.

doivent pas se contenter d'une copie manuscrite (1).

De même les tribunaux belges ont admis que devant eux les lois anglaises ne peuvent s'établir que par des documents imprimés ; mais que dans ce cas c'est à celui qui conteste leur authenticité à prouver qu'ils sont apocryphes (2).

Certains pays ont pris des mesures pour assurer à ceux qui la réclament la délivrance du texte authentique de leur législation. Citons la Serbie ; l'article 148 de la procédure relative aux affaires non contentieuses porte : « L'extrait d'une loi en vigueur en Serbie est délivré par le ministère de la justice aux personnes qui voudraient le faire valoir pour la réclamation ou la défense de leurs droits dans un pays étranger. L'extrait doit contenir l'indication exacte de la loi en vigueur et la teneur verbale de la disposition légale, sans commentaire ni application à un cas donné. »

Lorsqu'il s'agit d'un droit coutumier, le mode normal et employé de tous temps, c'est la preuve, sinon par témoins, du moins par experts. Et ce mode de preuve s'est étendu même au droit écrit. C'est surtout dans la jurisprudence anglo-américaine que l'on trouve des renseignements sur ce mode de preuve (3).

« Par experts il faut entendre tout d'abord des hom-

(1) Bordeaux, 1^{er} mars 1889, S. 92.2.76, D. 90.3.89, *Clunet*, 1892, p. 990.

(2) Anvers, 13 décembre 1890, *Pasicrisie*, 1891.3.160.

(3) Westlake, *Clunet*, 1882, p. 24.

mes qui ont étudié le droit qu'il s'agit d'appliquer dans le pays même où il est en vigueur » (1).

C'est ainsi que les tribunaux anglais ont déclaré recevables les témoignages d'avocats et de notaires français pour établir un point de droit français, d'avocats autrichiens (2) ou chiliens sur le droit de leurs pays respectifs, d'un avocat anglais ayant siégé dans une Cour de justice japonaise sur une disposition de droit nippon (3).

« Il faut toujours, dit Westlake (4), qu'une législation étrangère soit prouvée par des témoignages d'experts. Même si c'est le cas d'une loi écrite, ou d'un Code, il ne suffit pas de le produire, et il n'est pas nécessaire qu'un expert qui le mentionne le produise. Ce dont il est question, et ce sur quoi il faut que le témoignage porte, ce n'est pas le texte d'une loi, mais le droit qui en résulte par voie d'interprétation et de jurisprudence. »

« La véritable preuve d'une loi étrangère, disait le lord juge Cotton dans une affaire où la question était subordonnée à la preuve des droits et obligations du père administrateur des biens de son enfant mineur

(1) Darras, *Clunet*, 1901, p. 451.

(2) Cour de Chancellerie, 27 juillet 1874, *Clunet*, 1874, p. 128 ; Haute Cour de justice, division d'Amirauté, 26 juillet 1886 ; Cour d'appel d'Angleterre, 15 février 1887, *Augusta*, *Clunet*, 1888, p. 115 ; Haute Cour de justice, division du Banc de la Reine, 3 février 1891. *Clunet*, 1891, p. 257 ; Cour de justice, division des divorces, 1860, *Revue de Droit international et de législ. compar.*, 1870, p. 253.

(3) Haute Cour de justice. Division of Probate, 8 février 1890, *Clunet*, 1890, p. 714.

(4) *Clunet*, 1882, p. 24.

d'après le droit chilien, la preuve d'une loi étrangère, c'est celle fournie par des experts, c'est-à-dire par des avocats qui exercent auprès des tribunaux du pays dont nous désirons connaître la loi... » (1).

A défaut d'hommes de loi, les tribunaux anglais peuvent entendre un individu *peritus ex virtute officii* : « Toute personne, dit Westlake, qui est *peritus ex virtute officii*, est admise comme témoin sur une législation étrangère, et non pas seulement les juges et avocats. »

Ainsi le témoignage d'un évêque peut être invoqué pour prouver la loi canonique du mariage ; d'un ambassadeur étranger, en Angleterre, sur un point de droit étranger ; d'officiers, de missionnaires ayant résidé en Afrique sur le point de savoir si telle peuplade africaine admet l'esclavage (2).

L'expert doit en principe déposer en personne devant la Cour ; en cas d'empêchement, il rédige ses dires par écrit et les fait suivre d'un affidavit (3).

Le même système de preuve de la loi étrangère par experts est suivi au Canada et aux États-Unis. Ainsi au Minnesota, le témoignage d'un homme de loi est considéré comme suffisant pour déterminer le sens d'une

(1) *Clunet*, 1889, p. 876.

(2) Darras, *Clunet*, 1901, p. 451.

(3) Cf. Bevernaege, *Etude sur le rôle des certificats affirmés sous serment dans la procédure de l'Angleterre et des États-Unis*, Bruxelles, 1895 ; Lebrel, *Clunet*, 1892, p. 733.

loi étrangère (1), et dans le New-Jersey on a admis comme preuve de loi française une consultation d'avocat français (2).

Que penser de ce mode de preuve, si répandu dans la pratique anglaise ? Laurent se montre sur ce point d'un scepticisme peut-être exagéré : « On tient comme règle dans la pratique anglo-américaine, dit-il (3), qu'un témoin *peritus ex virtute officii* offre plus de garantie, en matière de preuve, que la loi. Il s'agit de savoir quel est le droit des colonies espagnoles sur une question soumise à un juge anglais ; on produit les recueils de lois, qui commencent par les lois des Wisigoths et finissent par les décrets rendus par les colonies ou pour les colonies. Comment un juge étranger saura-t-il quel est le droit obligatoire au XIX^e siècle dans ce dédale où il s'égarera nécessairement s'il n'y a point de fil conducteur ? Et quand même il n'y aurait aucun doute sur le texte qui doit être appliqué, le juge étranger sera-t-il sûr de le comprendre, quand il a sous les yeux une loi écrite, loi qu'il connaît imparfaitement, loi dont il ignore l'origine, le but, la tendance ? Encore faut-il que ce légiste soit *peritus ex virtute officii*. Et comment trouver en Angleterre ou aux Etats-Unis ces témoins d'un droit étranger ? On a admis devant une Cour anglaise le témoignage d'un maître d'hôtel belge, sur une ques-

(1) C. sup. de Pensylvanie, 8 janvier 1883, *Clunet*, 1883, p. 412.

(2) *Clunet*, 1885, p. 280.

(3) Laurent, t. II, n^o 294, p. 492.

tion de droit belge, parce que jadis il avait été agent de change à Bruxelles !... »

On est effrayé des conséquences qui doivent résulter de cette incertitude de la loi quand il s'agit du droit étranger. Le juge n'est pas même sûr que la loi qu'on produit devant lui est la vraie loi. Il faut qu'un témoin l'atteste. Mais qui a qualité pour porter témoignage en en cette matière ? Suffira-t-il, comme cela se pratique en Angleterre, que le témoignage soit confirmé par un serment ? Le serment atteste la véracité du témoin, mais n'est certes pas garant de sa science.

En France, et dans plusieurs autres pays, comme l'Allemagne (1), ou l'Italie (2), le moyen de preuve le plus usité consiste dans des certificats de coutume, c'est-à-dire « des attestations émanées d'hommes compétents du pays dont la législation est en litige, et établissant que sur un point donné la loi étrangère reçoit telle ou telle interprétation » (3).

Comme dans la jurisprudence anglaise, on s'adresse de préférence, en France, à un homme de loi (4). Mais

(1) Trib. com. sup. Leipzig, 28 février 1871.

(2) Appel Lucques, 9 avril 1891, *Clunet*, 1893, p. 1118, note : certificat délivré par un prêtre sur une matière de sa compétence.

(3) Darras, *Clunet*, 1901, p. 673 et note 4 : certificat de coutume d'un avocat espagnol sur la forme du mariage en Espagne, dans *Clunet*, 1891, p. 224 ; certificat de coutume du consul général de Russie à Paris sur le droit des sujets russes de tester à l'étranger, *Clunet*, 1884, p. 364 ; certificat de coutume de la section de législation du Conseil d'Etat ottoman sur la nationalité de la femme mariée à un Ottoman, S. 95.1.452.

(4) Pau, 22 juin 1885, *Gaz. Pal.*, 5 janvier 1887 ; Douai, 13 janvier

on admet aussi que le certificat de coutume peut émaner d'une personne ayant une tout autre qualité. Celle-ci varie suivant la nature du fait en litige ou le caractère de la législation étrangère : Ce pourra être un prêtre catholique, un mufti, un rabbin si la question litigieuse est de la compétence de l'autorité religieuse dans le pays où s'applique la loi dont on recherche le sens (1).

Ces certificats, au lieu d'émaner de simples particuliers, peuvent présenter parfois une plus grande autorité et un caractère officiel : quand ils émanent des autorités mêmes du pays dont on veut connaître la législation, comme une déclaration du ministre de la justice de ce pays (2) ou une attestation d'agents diplomatiques

1887, *Clunet*, 1887, p. 57 ; Paris, 26 janvier 1888, *Gaz. Pal.*, 9 février 1888 ; 14 novembre 1887, *Clunet*, 1891, p. 234 ; 8 août 1888, *Clunet*, 1889, p. 635 ; Trib. Bordeaux, 18 janvier 1882, *Clunet*, 1882, p. 539 ; Versailles, 17 août 1885, *Clunet*, 1885, p. 87 ; Trib. corr. Toulouse, 7 mai 1890, *Clunet*, 1891, p. 22 ; Seine, 19 février 1889, *Le Droit*, 24 avril 1889.

(1) Forme canonique du mariage : certificat d'un évêque, Cass., 16 juin 1829, *D. Rép.*, *V^{is} Loi*, n° 520, *Mariage*, p. 388, n° 1 ; certificat du consistoire supérieur du Grand-Duché de Hesse sur les mentions faites sur les registres de mariage en 1788 dans le Grand-Duché : Trib. Nice, 5 juin 1893, *Clunet*, 1893, p. 884 ; certificat de l'évêque grec de Smyrne pour mariage célébré suivant les rites de l'Eglise orthodoxe orientale dans les Echelles du Levant : Trib. consulaire de France de Constantinople, 12 septembre 1890, *Clunet*, 1890, p. 914 ; certificats de rabbins sur le droit mosaïque applicable à un mariage entre israélites marocains : Alger, 24 novembre et 13 décembre 1884 ; Oran, 15 juillet 1884, *Revue algérienne*, 1885, p. 61 ; certificat du muphti sur le point de savoir si la femme française jouit de l'hypothèque légale en Turquie : Trib. Seine, 3 mars 1888 ; Paris 13 août 1891, *Clunet*, 1889, p. 818, *D.* 90.2.61.

(2) Trib. rég. Dresde, 7 novembre 1889, *Clunet*, 1891, p. 987. —

ou consulaires. Ce dernier moyen a souvent été employé devant nos tribunaux (1), ainsi que devant ceux de Belgique, qui suivent sur ce point notre jurisprudence, et en Autriche (2). Les tribunaux italiens également demandent assez fréquemment aux consuls étrangers en Italie des renseignements sur le droit étranger (3).

Au lieu de recourir à l'attestation des ambassadeurs et consuls étrangers, on a souvent recours à la production de certificats délivrés par les consuls nationaux

Cf. Serbie : loi de procédure, art. 198, précité ; attestation fournie par un ministre de la justice ou des affaires étrangères : Cass., 14 mai 1895, *Clunet*, 1895, p. 837 ; Trib. Seine, 14 juin 1887, *Clunet*, 1889, p. 104 ; Cogordan, « Nationalité », p. 548, *Revue pratique de droit int. privé*, 1892, I, 258 ; avis de la section législative du Conseil d'Etat ottoman, 24 avril 1892, sous Cass., 2 août 1893, sur la nationalité de la femme française mariée à un Ottoman, S. 95.1.452.

(1) Cass., 4 avril 1881, S. 83.1.65 ; Trib. Seine, 20 avril 1882, *Clunet*, 1882, p. 543 ; 8 janvier 1891, *Clunet*, 1891, p. 962 ; 20 avril 1891, *Clunet*, 1891, p. 932 ; Paris, 30 décembre 1891, *Revue pratique de Droit international*, 1892, 1^{re} partie, 1882 ; commission de la Chambre des députés chargée d'enquête sur la nationalité de M. Paul Lafarge, *Clunet*, 1892, p. 141. La Cour suprême de Madrid a admis comme moyen de preuve une déclaration du ministre de la justice français obtenue par la voie de l'ambassade.

(2) Certificats des consuls étrangers en Autriche : Trib. Vienne, sous Cour suprême, 22 janvier 1884, *Clunet*, 1886, p. 473 ; Trib. Léopoldstadt, 10 décembre 1887, *Clunet*, 1895, p. 646 ; certificats de ministres étrangers de la justice ou de l'intérieur : Trib. Vienne, 3 février 1886, sous Cour suprême 26 août 1886, *Clunet*, 1888, p. 674 ; Trib. Brunn, 4 octobre 1889, sous Cour suprême, 8 janvier 1891, *Clunet*, 1891, p. 1003. — « En Espagne, la preuve de la loi étrangère peut se faire par des certificats délivrés par des jurisconsultes étrangers » : Torrès Campos, « Le Droit international privé en Espagne », *Revue pratique de Droit international privé*, 1892 ; Cour suprême de Madrid, 18 janvier 1885, *Clunet*, 1888, p. 138.

(3) Appel Milan, 22 septembre 1879, *Clunet*, 1887, p. 536.

dans le pays étranger (1) ou par les avocats-conseils, soit des ambassades étrangères dans le pays (2), soit des ambassades nationales à l'étranger (3) et à ce point de vue on peut remarquer qu'il résulte d'une discussion à la Chambre des représentants d'Italie que les parties doivent s'abstenir de s'adresser aux consuls d'Italie à l'étranger pour obtenir des renseignements sur la législation italienne (4).

On peut enfin citer comme modes de preuve d'une loi étrangère les décisions rendues dans le pays étranger sur le point litigieux (5) ou les solutions proposées dans les ouvrages de droit par les jurisconsultes du pays étranger (6), ou même dans des ouvrages de

(1) Cass., 12 juin 1855, S. 56.1.30. — Déclaration d'un consul allemand, *Reichsgericht*, 22 juin 1893, *Clunet*, 1894, p. 570. — Certificats de consuls autrichiens à l'étranger : Trib. Vienne, sous Cour suprême, 22 janvier 1881, *Clunet*, 1886, p. 473 ; certificats de consuls belges à l'étranger : Trib. Anvers, 11 mai 1888, *Clunet*, 1889, p. 718 ; Anvers, 13 novembre 1884, *Clunet*, 1886, p. 217.

(2) Seine, 5 avril 1895, *Clunet*, 1895, 607.

(3) Seine, 19 février 1889, *Clunet*, 1889, p. 621, *Le Droit*, 24 avril. — Autriche : Cour suprême, 23 mai 1893, *Clunet*, 1901, 454, n° 3.

(4) Déclaration de Mancini, *Atti parlamentari*, XIII^e legislatura. Discussioni, t. III, 12 avril 1877, citée par Lessona, *Rev. de droit int. et de législ. comp.*, 1891, p. 552.

(5) Cass., 12 juillet 1898, S. 95.1.443, 3^e colon. ; Lyon, 25 février 1882, D. 82.2.228 ; Trib. Seine, 26 juillet 1892, *Clunet*, 1892, p. 1177 ; Trib. Anvers, 13 janvier 1886, *Journ. Trib. (B.)* du 11 mars 1886.

(6) Aix, 29 avril 1844, S. 45.2.113 ; Caen, 18 février 1852, D. 53.2. 61 ; C. d'appel de l'Indo-Chine, 12 janvier 1891, *Clunet*, 1892, p. 725 ; Trib. Dijon, 5 décembre 1892, *Clunet*, 1893, p. 1155 ; Trib. Tunis, 13 mars 1893, *Clunet*, 1894, p. 346 ; *Reichsgericht*, 26 février 1891, *Clunet*, 1892, p. 140 ; Cass. : Florence, 1^{er} décembre 1884, *Annali di Jurisprudenza*, 1885, p. 67.

jurisconsultes nationaux sur le droit étranger (1).

Ce recours aux ouvrages des jurisconsultes étrangers peut n'être pas toujours un moyen très sûr. Il faudrait, pour qu'il puisse être absolument probant, que le juge consultât un ouvrage jouissant dans le pays où il a été publié d'une sérieuse considération, qu'il fût bien au courant de l'état actuel de la jurisprudence, et enfin que le juge étranger l'interprêtât dans son véritable sens. Il peut à ce sujet se produire des erreurs dont voici un bien amusant exemple : la Cour suprême des Etats-Unis, à laquelle était soumise une question de prises maritimes, pour laquelle il lui était nécessaire de connaître l'état de la doctrine étrangère, voulut éclairer sa religion en se reportant au traité de Calvo. Malheureusement l'édition dont se servit la Cour contenait une erreur typographique ; au lieu de « cette conception est parfaitement justifiable », on y lisait « cette conception est parfaitement justiciable ». Les magistrats américains sont néanmoins arrivés à donner un sens à cette coquille, non sans avoir d'ailleurs consulté le Dictionnaire de Littré (2).

Une erreur semblable — qui n'est sans doute pas le privilège des juges d'Amérique — suffit à montrer combien les juges doivent se montrer circonspects lorsqu'ils

(1) Lyon, 20 avril 1892 et appel Lyon, 20 juin 1894, *Clunet*, 1895, p. 632. — Même solution en Italie : appel Lucques, 9 avril 1891, *Clunet*, 1893, p. 118 note.

(2) *Clunet*, 1900, p. 1027).

se reportent à un ouvrage de doctrine étranger, et combien il leur sera sage, suivant l'avis d'un juge américain, de n'essayer d'interpréter un texte étranger qu'avec le secours d'un jurisconsulte étranger (1).

Tels sont les principaux moyens employés dans la pratique judiciaire pour faire la preuve des lois étrangères. Dans quelle mesure le juge est-il lié par ces preuves ?

Notre jurisprudence admet que « quelle que soit l'autorité qui s'attache au point de vue de l'interprétation de la loi étrangère aux documents même officiels, ... dont il est fait état à la barre, le tribunal français n'est jamais tenu de s'y arrêter ; ces documents n'ont pour lui que la valeur d'une opinion doctrinale et ne l'obligent aucunement » (2).

La même opinion est consacrée par plusieurs jurisprudences étrangères. Ainsi le tribunal supérieur de Cologne a décidé que les tribunaux allemands n'étaient pas liés par les preuves produites devant eux (3) et les juges peuvent parfaitement se livrer à une étude directe de la loi étrangère, à l'aide par exemple des travaux préparatoires, pour compléter ou contrôler les opinions produites devant eux (4).

(1) *Clunet*, 1901, p. 492, note 2.

(2) Weiss, III, p. 168 ; Montpellier, *Clunet*, 1895, p. 638. — *Contrà* : Pillet, note sous Cass., 2 août 1893, S. 95. 1.422. — Cf. Desjardins, Réquisitoire *in fine*, même affaire, S. 95.1.455.

(3) 26 octobre 1891, *Zeitschrift für intern. Privat und Strafrecht*, 1894, p. 63.

(4) Trib. sup. comm. Leipzig, 21 février 1871, *Clunet*, 74, p. 185.

Le rôle du juge dans l'appréciation des preuves produites devant lui a donné lieu devant les tribunaux anglais à une importante discussion. Il s'agissait de savoir si le juge avait le droit de se reporter aux articles d'un Code étranger pour vérifier l'exactitude d'un affidavit produit devant eux par une des parties. Celle-ci leur contestait ce droit. Tel ne fut pas l'avis de la Cour, et voici en quels termes s'exprimait le lord juge Cotton :

«..... Comment un tribunal anglais doit-il trancher une question régie par une loi étrangère ? Devant nos tribunaux la loi étrangère est une question de fait qui doit être résolue d'après la preuve qui en est faite, et la véritable preuve est alors fournie par des experts, c'est-à-dire par des avocats qui exercent auprès des tribunaux du pays dont nous désirons connaître la loi. Il a été soutenu au nom des intéressés que nous pouvions seulement examiner les affidavits des experts ; que si sur un point particulier la loi ne se trouvait pas indiquée dans ces affidavits, nous étions réduits à n'avoir aucune preuve sur ce qu'était la loi étrangère sur ce point ; et que par conséquent si la demande des appelants repose sur ce point de la loi étrangère, comme ce point n'a pas été établi, l'appel doit être repoussé. Mais, bien que la preuve régulière de ce que décide une loi étrangère soit celle fournie par les hommes de loi de ce pays, si leurs témoignages s'appuient sur certains passages du Code en usage dans le pays dont nous cherchons à constater la loi, il serait, à mon avis, déraisonnable de soutenir

que nous n'avons pas le droit d'examiner ces passages et de rechercher leur véritable sens..... » Le Conseil privé a énoncé au sujet de la preuve d'une loi étrangère une règle qui va beaucoup plus loin que nous n'allons dans l'espèce actuelle : « La loi étrangère est une question de fait qui doit être établie par des témoignages d'experts versés dans cette loi, mais si leurs témoignages sont insuffisants ou contradictoires, la Cour n'ayant pas le moyen d'examiner personnellement les témoins pour se rendre compte du poids de leur opinion, examinera pour elles-mêmes les décisions du pays étranger et l'opinion des jurisconsultes, afin de se former une idée exacte de la question de droit étranger..... » (1).

L'examen rapide des différents modes de preuves employés pour déterminer le sens et le contenu de la loi étrangère nous laisse l'impression qu'il est pratiquement fort difficile pour le juge étranger de se faire une opinion exacte d'une autre loi que sa loi nationale. N'y aurait-il pas un moyen de faciliter sa tâche ? Il est incontestable qu'il existe sur ce point, dans toutes les législations, une lacune : un système de preuves est organisé en vue des faits juridiques ou matériels, d'un intérêt privé, mais le législateur n'a pas songé à la preuve des lois qui doit se faire dans les matières qui dépendent du droit international. Vainement on a tenté d'étendre à la preuve des lois la preuve des faits : on se

(1) *Clunet*, 1889, p. 876.

heurte à chaque pas à des difficultés et à des impossibilités.

La première tient à la difficulté de se renseigner sur la loi et surtout sur la jurisprudence étrangères. L'important en effet n'est pas seulement de savoir comment une loi se comporte quand elle naît à la vie juridique ; c'est surtout de savoir comment elle se comporte dans son application à la vie réelle. Il serait à cet égard indispensable que nous possédions des moyens d'investigation dont M. Bufnoir, il y a déjà quinze ans, faisait ressortir l'importance et la nécessité (1). Or sur ce point, à part quelques publications relatives au droit commercial en France, en Allemagne, en Italie, il semble que rien n'ait été tenté.

Il est en somme assez facile en France de se procurer le texte traduit d'une loi étrangère de quelque importance. Les publications de la Société de législation comparée (2) ou de l'industrie privée (3) rendant à ce point de vue des services appréciables. Les services rendus au droit comparé par les publications de cette société ont inspiré aux jurisconsultes des pays voisins

(1) Bufnoir, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1891, p. 69.

(2) Fondée en 1868, la Société a publié depuis 1895, avec le concours du Comité de législation étrangère du ministère de la justice, la traduction de près de vingt Codes étrangers. Il faut rapprocher de cette publication celle des lois sur la propriété littéraire et artistique, 2 vol., 1890-1896, faite avec le concours du Cercle de la Librairie.

(3) La collection de Codes étrangers publiée par M. Pedone contient également une vingtaine de Codes traduits.

le désir de fonder chez eux des sociétés du même genre ; on en peut citer en Angleterre, en Allemagne notamment (1).

Un procédé assez commode pour faciliter aux juges la connaissance d'une législation étrangère a été inauguré en Angleterre : il consiste à faire procéder de temps à autre, sur certains points de cette législation, à une enquête par les agents diplomatiques et consulaires anglais dans le pays. Ces enquêtes sont publiées de suite, à la disposition du public (2).

Un procédé du même genre fonctionne dans les consulats russes, qui doivent adresser au ministre des affaires étrangères des rapports établissant avec précision les usages judiciaires de certains pays d'Orient (3).

Enfin il faut ajouter que certains Etats, pour faciliter la traduction des lois étrangères, ont créé des organes officiels ou semi-officiels, où se centralisent tous les renseignements sur les législations étrangères. Citons par exemple le Comité de législation étrangère créé en 1876 au ministère de la justice en France, et le Bureau de législation créé en 1887 en Belgique au ministère des affaires étrangères.

Le développement pris depuis un certain nombre d'années par les Unions internationales sera un nouvel élément qui favorisera la connaissance des lois étran-

(1) Darras, *Clunet*, 1901, p. 221.

(2) Darras, *Clunet*, 1901, p. 222.

(3) De Martens, *Das Consularwesen*, p. 405.

gères. C'est ainsi que le Bureau international pour la protection de la propriété littéraire, industrielle ou artistique doit centraliser tous les renseignements relatifs aux points de sa compétence, et doit se tenir en tout temps à la disposition des membres de l'Union pour leur fournir les renseignements spéciaux dont ils pourraient avoir besoin. Dans un même ordre d'idée, l'Association internationale pour la protection des travailleurs publie un recueil périodique de la législation du travail dans tous les pays.

Le véritable moyen pour remédier aux difficultés que présente la connaissance des lois étrangères, ce sont des traités internationaux obligeant les Etats signataires à faire l'échange de tous leurs documents législatifs. Déjà un certain nombre de conventions de ce genre existent, mais l'on peut regretter qu'elles ne soient pas plus nombreuses.

Le plus important d'entre eux est celui signé à Bruxelles, le 15 mars 1886, entre la Belgique, le Brésil, l'Espagne, les Etats-Unis, l'Italie, la Serbie et la Suisse, tendant à assurer la communication entre les gouvernements des journaux et documents parlementaires livrés à la publicité, des ouvrages exécutés par ordre et aux frais des gouvernements. Cette convention conclue pour dix ans est une convention ouverte à tous les autres Etats qui feront connaître leur intention au gouvernement belge (1).

(1) *Annuaire de Législation étrangère*, 1887, p. 691, p. 926 ; 1889, p. 569 ; 1890, p. 884.

Un traité conclu entre la Belgique et la France le 3 août 1891 et ratifié en France le 24 mai 1892 (*Journal officiel*, 25 mai) reproduit presque textuellement cet arrangement de 1886. On peut signaler des accords du même genre entre la République Argentine et l'Espagne (20 juin 1884), la République Argentine et l'Italie (2 décembre 1876), le Chili et l'Italie (14 janvier 1873), l'Italie et l'Uruguay (20 février 1875), etc. . .

Laurent signale d'après Story (1) un envoi d'une collection du *Bulletin des lois* faite par le garde des sceaux de France à la Cour suprême des Etats-Unis (2).

L'échange des documents législatifs paraît donc appelé à rendre de grands services, mais il serait désirable que cet usage se généralisât (3).

Dans cet ordre d'idées il importe de signaler une tentative intéressante qui a abouti à la création de l'Union internationale pour la publication des tarifs douaniers (4), qui groupe la plupart des pays d'Europe. Cette Union a pour but de faire connaître aux intéressés les tarifs douaniers des différents Etats du globe et les modifications qu'ils subissent. Un Bureau international établi à Bruxelles publie à cette fin un « Bulletin international des Douanes » en cinq langues (allemand, anglais, espagnol, français et italien), rédigé d'après les

(1) *Conflict. of laws*, 7^e éd., p. 794, note.

(2) Laurent, t. II, n° 292.

(3) Cf. Laurent, t. II, p. 490.

(4) 5 juillet 1890, traité ratifié en France par une loi du 7 janvier 1892.

documents que lui adresse en double exemplaire chacun des Etats signataires.

On a parfois proposé d'obliger par des traités les tribunaux à fournir des informations précises sur la loi positive de leur pays lorsqu'ils en seraient requis par un tribunal étranger saisi d'une affaire litigieuse portant sur le point en discussion (1). Le procédé ne peut évidemment s'appliquer que dans le cas d'un litige déjà né. Mais même réduit à ces limites il pourrait donner de bons résultats. Il ne semble pas néanmoins qu'il ait reçu d'application pratique. Une loi anglaise de 1861 a bien autorisé la Reine à faire des conventions avec les Etats étrangers, pour que toute Cour supérieure anglaise puisse demander à telle Cour étrangère désignée le droit qui, selon le droit de cet Etat, s'appliquerait aux faits de la demande. La même loi pourvoit de manière semblable à ce que les Cours britanniques puissent répondre aux demandes des Cours étrangères. Mais dans la pratique ce traité n'a pas reçu d'application (2).

L'importante question de la preuve de la loi étrangère ne pouvait laisser indifférent l'Institut de droit international privé. Dès 1883 il décida de mettre à l'étude le point de savoir « quels seraient les moyens à proposer aux gouvernements en vue de favoriser la connaissance des lois étrangères et en particulier d'assurer la preuve de ces lois devant les tribunaux » (3).

(1) Laurent, t. II, n° 267.

(2) Westlake, *Clunet*, 1882, p. 23.

(3) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. VII, p. 285.

Sur la proposition de MM. Norsa et Pierantoni une commission fut nommée. Sur le premier des deux objets mis en discussion l'Institut, après s'être occupé de la question en 1885 à Bruxelles et en 1887 à Heidelberg, à définitivement émis le vœu suivant :

1° Que les gouvernements s'engagent à se communiquer des lois qui sont en vigueur et qui seront promulguées ultérieurement dans leurs Etats respectifs, conformément à ce qui suit ;

2° Que parmi les lois à communiquer on comprenne principalement :

a) Les Codes, les lois et les règlements qui concernent le droit civil et commercial, le droit pénal, les procédures civile et pénale, y compris ceux qui regardent la faillite ou le concours des créanciers et l'organisation judiciaire.

b) Les lois et les règlements qui se rapportent au droit administratif et public intérieur, quand ils auront un intérêt général pour les Etats ou pour les citoyens des diverses nations.

c) Les traités, les conventions et les accords internationaux, ou les dispositions y contenues concernant les rapports de droit civil ou d'intérêt économique.

d) Les lois et les règlements édictés par suite desdits accords internationaux, de quelque forme qu'ils soient, ou traités d'union avec divers Etats, ou conventions internationales spéciales avec l'un deux ;

3° Que, dans chaque Etat, ces divers documents soient

réunis dans un dépôt central, rendu accessible au public (1). Le texte voté à Heidelberg s'écarte de celui adopté à Bruxelles en ce qu'il renonce à l'idée d'un comité international permanent chargé de centraliser, conserver et classer systématiquement les lois étrangères, et d'en dresser chaque année un tableau général (2).

Sur la preuve des lois étrangères, l'Institut a adopté dans sa session de Hambourg de 1891 les conclusions du rapport de M. Piérantoni :

I. — L'Institut déclare :

1° Que, dans l'état actuel de la science du droit et des rapports internationaux, et en présence du plus grand nombre de lois élaborées dans les pays civilisés, la preuve des lois étrangères ne peut plus être une question de fait abandonnée à l'initiative des parties ;

2° Qu'il est nécessaire de fixer des règles générales et uniformes à substituer aux différents usages qui sont en vigueur.

II. — L'Institut émet le vœu que par des accords internationaux, les Etats s'obligent à l'application des règles suivantes :

a) Quand, dans un procès civil, il y a nécessité d'appliquer une loi étrangère sur l'existence et la teneur de laquelle les parties ne sont pas d'accord, le juge, le tribunal ou la Cour, sur la demande des parties ou d'office,

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international privé*, t. IX, p. 311 ; Rapport de M. Norsa, *Annuaire de l'Institut*, t. VIII, p. 235.

(2) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. VIII, p. 271.

déclarera, dans une décision préparatoire, quels sont les lois ou les points de droit nécessaires pour vider l'affaire.

b) Le juge ou le président délivrera, dans le plus court délai possible, des lettres rogatoires qui, par l'intermédiaire du ministère de la justice et du ministère des affaires étrangères, seront remises au ministère de la justice de l'Etat dont on veut connaître les lois ou certains points de droit.

c) Le ministère de la justice de ce dernier Etat répondra à la demande faite, en s'abstenant de tout conseil ou avis sur toute question de fait, et en se bornant à attester l'existence ou la teneur des lois.

d) Dès que les textes des lois ou certificats auront été remis au tribunal, ils seront déposés au greffe, et sur requête de la partie la plus diligente, la procédure reprendra son cours (1).

Le Congrès de droit international sud-américain (Montévidéo, 1888-1889), se conformant d'avance au vœu de l'Institut, a posé certaines règles relatives au rôle du juge à la preuve des lois des pays représentés à ce congrès (2).

Enfin, on peut signaler dans le même ordre d'idées, un long vœu émis en 1900 par le Congrès international de droit comparé, à Paris, sur le rapport de M. Lyon-Caen, et qui indique différentes mesures destinées à

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XII, p. 328.

(2) Cf. Pradier-Fodéré, *Revue de droit international*, 1889, p. 576.

favoriser la connaissance et l'utilisation du droit étranger et la nomination à cet effet d'une commission permanente (1).

(1) Darras, *Clunet*, 1904, p. 217, note, donne le texte complet de ce vœu.

CHAPITRE III

DU RECOURS EN CASSATION POUR NON-APPLICATION OU FAUSSE INTERPRÉTATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE

Nous abordons maintenant la question de l'application de la loi étrangère dans la forme pratique sous laquelle elle s'est présentée : celle de la sanction de l'obligation pour le juge d'appliquer la loi étrangère ; en d'autres termes celle de savoir si la non-application ou la fausse application de la loi étrangère peut donner lieu à un recours en cassation.

Il faut envisager successivement les deux hypothèses de non-application de la loi étrangère dans le cas où celle-ci était compétente, et le cas de fausse interprétation, d'application erronée de la loi étrangère.

§ 1. — Non-application de la loi étrangère.

Que décider quand le juge français a appliqué la loi française dans un cas où il aurait dû appliquer la loi étrangère ? Cette décision tombe-t-elle sous la censure de la Cour de cassation ?

Notre jurisprudence a adopté sur ce point une solution peu défendable et assez difficile à analyser.

D'après la jurisprudence, la non-application de la loi étrangère ne peut pas donner lieu à cassation. La loi étrangère, dit-on, n'est pas en effet une véritable loi, semblable à la loi française, et la circonstance de sa non-application constitue non pas une erreur de droit, mais une mauvaise appréciation des faits qui échappe à ce titre au contrôle de la Cour suprême.

Cette opinion repose sur un motif très particulier : c'est, dit-on, que la Cour de cassation a été établie pour assurer l'unité dans l'application de la loi française et non l'application des lois étrangères. La Cour de cassation ayant été établie pour maintenir en France l'unité de jurisprudence dans l'interprétation de la loi française, la question que nos juges se sont posée a été uniquement celle de savoir si la non-application de la loi étrangère pouvait être dans tel ou tel cas une atteinte à l'unité de jurisprudence dans l'interprétation de la loi française. Envisageant sous ce point de vue particulier la question, ils ont pu sans absurdité refuser toute intervention de leur contrôle, exception faite pour quelques cas où la non-application de la loi étrangère entraînerait une violation de la loi française.

Pour justifier la thèse de l'irrecevabilité du pourvoi, un système logique — mais faux — pourrait venir à l'esprit. Lorsque le juge applique la loi étrangère, ce serait par un acte de simple courtoisie internationale, or la courtoisie ne peut évidemment avoir un caractère obligatoire. Lorsqu'il refuse d'appliquer la loi étrangère

dans un cas où elle est compétente, le juge ne viole donc aucune obligation : il est donc naturel qu'il n'y ait aucun recours en cassation ouvert dans ce cas.

L'application de la loi étrangère serait donc purement facultative pour le juge et l'on peut en effet relever certains arrêts, anciens d'ailleurs, qui ont admis cette idée dans toutes les matières de statut personnel (1), et elle est encore indiquée comme soutenable par l'annotateur de l'arrêt belge du 9 mars 1882 (S.82.4.17).

Un système aussi « antijuridique » ne doit pas être pris en considération. Il ne saurait en effet dépendre du caprice du législateur de se référer ou de ne pas se référer à la loi étrangère. De deux choses l'une : ou il a le devoir, ou il n'a pas le droit de le faire. La vieille idée de la *comitas gentium* elle-même ne suffirait pas à justifier ce pouvoir arbitraire du juge. Si la courtoisie internationale doit intervenir ici, c'est uniquement pour inspirer le législateur et non pas les juges, car ceux-ci ne sont pas chargés de régler les rapports internationaux (2).

La jurisprudence a senti l'inexactitude de cette doctrine et elle s'est vue forcée d'apporter une exception au principe général du non recours en cassation pour inapplication de la loi étrangère. C'est au cas où l'application de cette dernière est directement commandée par

(1) Cass., 17 juillet 1833, S. 33.1.603.

(2) Colin, « Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère », *Clunet*, 1890, p. 795.

la loi française ou un traité diplomatique. En pareil cas la non-application de la loi étrangère aboutirait en effet à la violation même de la loi française.

La Cour de cassation ne pouvait évidemment admettre le caractère facultatif de l'application du droit étranger quand elle se trouvait en face d'un renvoi à la loi étrangère formulé par un texte exprès (1) de sorte que la non-application de la loi étrangère équivaldrait à une violation de la loi française.

Le juge, en se référant à une disposition étrangère, ne fait alors qu'obéir à un ordre exprès de son législateur. Il en sera ainsi, notamment, lorsque pour apprécier la validité d'un acte de l'état civil ou d'un testament authentique dressé à l'étranger, ou d'un mariage célébré hors de France, il se demandera, par application des articles 47, 170, 999 du Code civil, si l'acte a été passé conformément à la loi étrangère à laquelle ces textes renvoient en termes exprès. De même quand, pour déterminer si une personne a perdu la qualité de Français, il recherche conformément aux termes de l'article 17 du Code civil si cette personne a acquis la nationalité étrangère, conformément à la loi en vigueur — de même quand, appelé à poursuivre un individu revenu en France après avoir commis une infraction à l'étranger, il recherche, conformément à l'article 5 du

(1) Cass., 18 juillet 1876, S. 76.1.451, P. 76.1.154 ; 4 juin 1878, S. 80.1.428, P. 80.1.67 ; 12 février 1879, S. 79.1.421 et la note avec les renvois sous Cass., 20 janvier 1896, S. et P. 97.1.33.

Code d'instruction criminelle, si ce délit est prévu et puni par la loi du *forum delicti*.

Il y a d'assez nombreuses applications de cette idée où l'on trouve des décisions judiciaires cassées pour violation de la loi française tenant à ce que le tribunal n'avait pas appliqué la loi étrangère à laquelle celle-ci renvoyait. Par exemple, les cas où par application de l'article 11 du Code civil les tribunaux avaient reconnu un droit à un étranger sans vérifier si dans la patrie de celui-ci le Français jouissait des mêmes droits (1), ou bien encore dans le cas où un testament fait à l'étranger ayant été attaqué pour inobservation des formes locales, la Cour a rejeté le pourvoi déclarant que ces formes avaient été respectées, ce qui implique qu'elle aurait cassé, si elles ne l'avaient pas été (2) : « attendu que si en validant le testament litigieux l'arrêt attaqué avait violé la loi belge, cette infraction à une loi étrangère pourrait donner lieu à cassation, puisqu'elle aurait pour conséquence la violation de l'article 999 du Code civil français, aux termes duquel les testaments authentiques faits en pays étranger doivent être passés avec les formalités prescrites dans le pays où l'acte a été rédigé. »

Il y a là une solution presque constante en jurisprudence : dans les conclusions qu'il donnait en 1874 dans une affaire sur laquelle il nous faudra revenir, M. l'avocat général Reverchon disait :

(1) Cass., 1^{er} février 1813, S. 13.1.113.

(2) Cass., 12 février 1879, S. 79.1.121.

« Votre jurisprudence a depuis longtemps admis que si la violation d'une loi étrangère ne peut en thèse générale donner ouverture à cassation, il y a lieu de faire exception à ce principe lorsque la violation de la loi étrangère entraînerait la violation de la loi française ; vous l'avez souvent jugé et vous avez encore rappelé cette double proposition dans un arrêt que vous avez rendu le 18 de ce mois. »

Il est donc admis que la violation d'une loi étrangère donne ouverture à cassation quand elle est le principe et la source d'une contravention à la loi française ; ainsi, d'après l'article 47, tout acte de l'état civil fait en pays étranger fait foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays ; si à propos de la validité d'un acte de l'état civil fait en pays étranger, la loi étrangère sur la forme des actes a été violée par un tribunal français, il n'est pas douteux qu'il peut y avoir ouverture à cassation. De même sous l'empire de l'article 726 du Code civil (aujourd'hui abrogé par la loi du 14 juillet 1819), aux termes duquel l'étranger n'était admis à succéder en France que dans les cas ou de la manière dont un Français succédait à son parent possédant du bien dans le pays de cet étranger, si à l'occasion d'une succession ouverte en France, au profit d'un étranger, la loi étrangère sur le droit de succession avait été violée, la Cour de cassation était compétente pour redresser cette erreur. Dans ces deux cas comme dans plusieurs autres, on peut dire que la loi française s'est approprié la loi

étrangère, qui est devenue sur ce point particulier partie intégrante de notre législation (1).

L'autorité de la jurisprudence française se trouve sur ce point confirmée par les solutions analogues de plusieurs législations étrangères.

En Belgique, la Cour de cassation s'est naturellement prononcée dans le même sens, et déclare que la non-application de la loi étrangère peut donner lieu à cassation quand elle est le principe d'une violation de la loi belge qui, par exemple, en ordonne l'application (2).

Une ordonnance princière de la principauté de Monaco sur le pourvoi en révision décide également que la non-application ou violation de la loi étrangère ne peut donner lieu à révision, à moins que cette violation ne devienne la source d'une contravention à la loi monégasque (3).

(1) V. Merlin, *Rép.*, V^o *Renonc. de succession future*, § 6 ; Cass., 1^{er} février 1873, affaire Tarchini ; Req., 14 novembre 1833, S.33.1.828 ; Req., 26 avril 1836, S. 36.2.149 ; 5 février 1843, S. 43.1.209 ; Req., 9 novembre 1846, S. 47.155 ; 15 avril 1861, S. 61.1.721 ; Req., 25 mai 1861, S. 61.1.365 ; 9 novembre 1868, S.69.1.122. — Lyon-Caen, note sous Cass., 28 juin 1887, S. 81.1.409 ; Cass., 1^{er} février 1813, S. 13.1 ; Fuzier Herman, art. 1, n^o 155 ; Fœlix, t. I, p. 34 ; Aubry et Rau, 5^e édit., t. I, § 31, p. 153 ; Brocher, I, p. 154 ; Chénon, *Origines, conditions et effets de la cass.*, 1882, p. 156 ; Mourlon et Naquet, *Répétitions écrites sur l'organisation judiciaire, la compétence et la procédure*, Paris, 1885, p. 785 ; Cass., 15 juillet 1811, S. 11.1.301 ; 23 février 1874, S. 74.1.145 ; 12 février 1879, S. 79.1.121, D. P. 79.1.84 ; *Clunet*, 20 février 1882, D. 82.1.119 ; 15 juillet 1889, S. 89.1.412 ; *Clunet*, 1889, p. 835 ; *Le Droit*, 22 juillet 1889 ; Weiss, t. III, p. 172 et suiv.

(2) Cass. belge, 9 mars 1882, S. 82.4.17 ; Cass., 16 mai 1889, *Clunet*, 1889, p. 890.

(3) *Clunet*, 1895, p. 669.

Il ressort également des motifs d'une sentence du Reichsgericht allemand du 26 septembre 1883 (1), que la révision d'une sentence rendue par un tribunal allemand est possible quand le tribunal a appliqué le droit allemand, alors que c'était la loi étrangère qui devait être appliquée dans l'espèce.

Enfin la Cour de cassation de Florence (2) a formellement consacré le principe dans les termes suivants, en donnant pour motif que : « Lorsqu'une disposition expresse de nos lois prescrit l'application de lois étrangères, en vertu même de cette disposition, les lois étrangères acquièrent dans les cas particuliers où on les applique, l'autorité des lois du royaume. »

Tels sont les cas où la jurisprudence reconnaît que la non-application de la loi étrangère peut servir de fondement à un pourvoi en cassation : dans ces cas il y a un renvoi exprès de la loi française à la loi étrangère.

Que décider au cas où, ce renvoi formel n'existant pas, il existe néanmoins entre les dispositions de la loi étrangère et de la loi française une corrélation affirmée par celle-ci ?

Le cas se présente notamment à propos de l'article 17 du Code civil. Ce texte attache la perte de la nationalité française à la naturalisation réalisée de l'étranger, or la validité de cette naturalisation, en tant qu'acquisition

(1) *Clunet*, 1886, p. 606. *

(2) 25 avril 1884, *Clunet*, 1884, p. 81.

de nationalité nouvelle, dépend nécessairement des lois du pays où elle a été obtenue.

De même l'article 19 du Code civil subordonne la perte de la nationalité française par la femme qui épouse un étranger à l'acquisition par elle de la nationalité de son mari, d'après la loi nationale de celui-ci.

Dans ces deux cas, le juge français requis de constater la perte de la nationalité française par une naturalisation étrangère ou par l'acquisition d'une autre nationalité en vertu d'une loi étrangère, devra se reporter aux dispositions de celle-ci, sous peine de voir sa sentence exposée aux censures de la Cour suprême. Ce sont là en effet des articles par lesquels le Code civil s'incorpore aussi complètement que possible la disposition de la loi étrangère, et dont la non-application violera la loi française elle-même en laissant à une personne une nationalité à laquelle elle n'a plus droit en vertu de la même loi française (1).

Avant la loi du 14 juillet 1819 la Cour de cassation avait également exercé sa censure sur une décision, qui dans un procès relatif à l'aptitude successorale d'un étranger en France, avait omis de rechercher dans la loi étrangère si dans les mêmes conditions un Français aurait été habile à recueillir une succession au pays de l'héritier étranger. Elle avait vu dans cette omission une

(1) Cass., 2 août 1895, S. 95.1.449 ; Note Pillet, Cass., 26 février 1890, S. 93.1.26 ; Weiss, t. III, p. 173 ; t. I, p. 347 ; Cass., 9 novembre 1846, S. 47.1.55.

contravention indirecte au principe de la réciprocité exprimé dans les articles 11, 726, 912 (1).

Un autre exemple où le lien intime établi par une disposition de la loi française entre celle-ci et la loi étrangère fait au juge un devoir d'appliquer cette dernière, est relatif à la matière des brevets d'invention.

La loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention (art. 29), subordonne la durée du brevet d'importation en France à celle du brevet antérieurement pris à l'étranger (2). Elle établit ainsi un lien de solidarité entre les deux brevets : si le premier n'a pas été régulièrement délivré ou a pris fin pour une raison quelconque, l'autre est affecté des mêmes vices et partage les mêmes vicissitudes ; il y a donc nécessité pour le tribunal français d'interroger les dispositions de la loi étrangère qui a présidé à la concession du premier brevet (3).

Il semble également que le tribunal auquel on soumettrait un contrat que les parties, agissant dans les limites de leur autonomie, ont entendu soumettre aux règles du droit étranger, et qui négligerait de se reporter à celui-ci, commettrait en agissant ainsi une violation de l'article 1134 du Code civil qui, en proclamant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », autorise les contrac-

(1) Cass., 1^{er} février 1813, S. 13.1.113; Weiss, t. II, p. 348.

(2) Cf. Weiss, t. II, *Le droit de l'étranger*, p. 259.

(3) Lyon-Caen, sous Cass., 28 juin 1881, S. 81.1.409.

lants à prendre une loi étrangère pour base de leur accord (1).

Cette opinion a été consacrée par quelques arrêts de la Cour de cassation (2).

La Cour de cassation a fait là une application rigoureuse du principe que la convention fait la loi des parties et il est curieux de remarquer « qu'elle a cassé pour non-application d'une loi étrangère simplement convenue, alors que si l'autorité de cette loi eût été fondée sur un principe de droit international privé reconnu, mais non inscrit dans nos Codes, elle se fût refusée à intervenir ». Cette portée absolue donnée à l'article 1134, aurait pour conséquence, si elle était appliquée à des rapports purement nationaux, de soumettre à la censure de la Cour de cassation toute fausse interprétation des conventions, ce qui troublerait gravement la répartition des pouvoirs entre nos divers ordres de juridiction (3).

Reste une dernière question. Dans tous les cas que nous venons d'indiquer, l'application de la loi étrangère se trouve régie, soit par un texte, soit par un renvoi exprès, soit par une allusion de la loi française. On peut donc dire qu'elle est imposée par le législateur. Mais que décider lorsque l'application de la loi étrangère est

(1) Despagne, p. 33, n° 25 ; Surville, *Clunet*, 1891, p. 364 ; Colin, *Clunet*, 1890, p. 795 ; Weiss, t. III, p. 112, 174.

(2) Cass., 23 février 1864, S. 64.1.385.— (Cf. sur cet arrêt : Demangeat, *Clunet*, 1874, p. 13) ; Cass., 18 juillet 1876, S. 76.1.351 ; 4 juin 1878, S. 80.1.428.

(3) Pillet, note sous Cass., 17 juin 1898, S. 99.1.177.

seulement commandée par un principe constant du droit international? La question se présente notamment pour une des matières les plus importantes du droit international : celle de l'état et de la capacité des étrangers.— Il est absolument certain en doctrine que l'état et la capacité des étrangers sont régis par leur loi nationale. Cependant il n'en est pas dit un mot dans le Code, et ce n'est que par des raisons théoriques et historiques que l'on admet que cette opinion a été reçue par notre législateur. Que décider en conséquence, si une décision judiciaire a négligé de se reporter à la loi nationale d'un étranger pour trancher une question se rattachant à son état ou à sa capacité?

Dans l'opinion générale on admet que l'article 3 du Code civil consacre implicitement le statut personnel de l'étranger (1). Sans doute il n'y a point là une disposition formelle, mais c'est la tradition qui impose cette interprétation. Le juge doit donc appliquer le statut personnel, mais comme il n'y a pas de texte formel qui lui en impose l'obligation, il n'y aura pas de cassation possible s'il ne l'a pas fait (2).

Cette solution ne nous paraît point exacte. Il est certain que notre législateur a voulu ouvrir le sol français à certaines lois étrangères, et les tribunaux qui y rendent la justice doivent tenir compte de cette volonté. En limitant aux lois de police et de sûreté, aux lois ré-

(1) Note sous Bruxelles, 14 mai 1881, S. 81.4.41.

(2) Cass., 17 juillet 1833, S. 33.1.663 ; Laurent, t. II, nos 273, 281.

gissant la propriété foncière, l'empire exclusif de la loi française sur les étrangers qui habitent le territoire, notre Code a, par cela même, renoncé à les soumettre aux lois françaises qui ne sont pas comprises dans ces deux catégories. Si donc les étrangers continuent à être régis en France d'après leur loi nationale, c'est en vertu d'une permission certaine quoique tacite du législateur français. Le juge qui néglige de leur en faire l'application contrevient à ses prescriptions (1).

Il est assez difficile de déterminer l'opinion de la jurisprudence sur l'application de cet article 3.

Il nous paraît certain, dit M. Pillet (2), quoique le contraire ait été soutenu (3), que la Cour de cassation n'a jamais manifesté nettement l'intention d'étendre son contrôle à l'application de cette loi en pareil cas.

Le seul document dont on puisse faire état en ce sens est un arrêt du 23 février 1860 (4), mais son imprécision est telle qu'à ce point de vue au moins sa valeur doctrinale n'est pas très importante. On ne peut d'ailleurs tirer argument des arrêts de cassation du 20 février

(1) En ce sens : Weiss, t. III, p. 175 ; Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 220, note a, *J. Clunet*, 1874, p. 12, 13 ; Chénou, p. 156 ; Rouget de Lioncourt, p. 46, 47 ; Colin, p. 794. — *Contrà* : Merlin, *Rép.*, V^o *Succession*, sect. I, § 2, a. 2 ; Aubry et Rau, 5^e édit., t. I, § 31, p. 153 ; Laurent, t. II, n^{os} 275 et 281, S. 82:4.17 ; Cass., 17 juillet 1833, S. 33.1.663 ; 15 juillet 1889, S. 89.1.412 ; *Clunet*, 1889, p. 835.

(2) Note sous Cass., S. 99.1.177.

(3) Weiss, t. III, p. 175 et note.

(4) S. 60.1.210, P. 60.338.

1882 (1), et du 15 juillet 1889 (2), qui ne fournissent que des indications éloignées et sans rapport nécessaire avec notre question (3).

Néanmoins il importe de relever un arrêt plus récent sur lequel M. Pillet lui même attire l'attention et sur lequel il a fondé de grands espoirs en faveur d'une évolution de notre jurisprudence (4). Cet arrêt a cassé un arrêt qui avait appliqué à une reconnaissance d'enfant naturel la loi française, alors que la loi italienne était compétente. Il faut d'ailleurs remarquer que cet arrêt ne casse pas pour violation de l'article 3 du Code civil, mais pour inobservation de l'article 334 du Code civil.

On peut donc résumer la jurisprudence sur l'application de la loi étrangère dans la formule suivante : Le juge est obligé d'appliquer la loi étrangère, sous peine de voir sa décision cassée par la Cour suprême, dans les cas où, la loi française ou un traité diplomatique contenant un renvoi exprès à la loi étrangère, la non-application de celle-ci serait une violation de la loi française. La jurisprudence a également appliqué la même idée au cas où les parties ont entendu appliquer au contrat soumis au tribunal les règles de la loi étrangère. Enfin la jurisprudence a parfois cassé des décisions

(1) *J. Clunet*, 1882, p. 90.

(2) S. 89.1.412, P. 89.1.1028.

(3) Cf. Note sous Cass. belg., 9 mars 1882, S. 82.4.17, P. 82.2.25 ; Cass., 28 février 1860, S. 60.1.210 ; 25 mai 1868, S. 68.1.365 ; 20 février 1882, D. P. 82.1.119 ; 23 février 1891, solution implicite ; *Rev. prat. de droit international privé*, 1890, 91.1.375, Rev. Vincent.

(4) Cass., 17 janvier 1899, S. 99.1.177.

judiciaires pour non-application de la loi étrangère, dans le cas où il existait entre la loi française et la loi étrangère un lien assez intime pour qu'on ne pût pas, en n'appliquant pas celle-ci, ne pas violer celle-là. Mais il ne faut pas donner à cette formule une portée absolue. La décision critiquée par M. Lyon-Caen en est la preuve (1).

Quant au cas où l'application de la loi étrangère est simplement commandée par un principe du droit international, nos tribunaux semblent considérer que son application est facultative pour eux.

On ne peut que critiquer cette jurisprudence. Toute non-application de la loi étrangère équivaut en effet à une violation de la loi française. La Cour de cassation ne manquerait pas, et à bon droit, de casser une décision qui ferait application du droit étranger à une hypothèse qui devrait être régie par le droit français. Il y aurait ici violation de la loi française par application d'une autre loi empiétant sur son domaine. La violation n'est elle pas aussi grave quand on applique une loi française à un cas pour lequel elle n'est pas faite ?

Toutes les fois en effet qu'un tribunal français applique la loi française alors que la loi étrangère devait être suivie, ou inversement substitue la loi étrangère à la loi française qu'il aurait fallu appliquer, la loi française est violée et il y a lieu à cassation, sans qu'il faille dis-

(1) Lyon-Caen, sous Cass., 28 juin 1881, S. 81.1.409 ; Cass., 9 novembre 1846, S. 47.1.55.

tinguer suivant que l'application de la loi étrangère était ou non commandée par un texte de loi français. En effet : il n'y a pas violation de la loi française seulement quand son texte est mal compris par un juge ; cette violation se rencontre également, et même *à fortiori*, quand on applique la loi française à un cas auquel elle ne devrait pas s'appliquer, et inversement quand on la laisse de côté dans un cas où elle devrait s'appliquer. « Il semble même qu'il ne peut pas y avoir de violation de la loi plus nette, ni de cas dans lequel il soit plus important de voir la Cour suprême maintenir par son intervention l'unité de jurisprudence. On peut en effet affirmer que le premier devoir d'une Cour régulatrice est de délimiter le domaine appartenant à la loi dont elle surveille l'exacte application. Renvoyer cette délimitation aux juges du fait, c'est leur abandonner la plus vaste et la plus importante des questions que soulève l'application de la loi » (1).

§ 2. — Application inexacte de la loi étrangère.

Supposons que le juge se soit reporté à la loi étrangère dans un cas où elle était compétente : mais par erreur ou par ignorance il a faussement interprété ou inexactement appliqué la disposition de cette loi. Peut-on de ce chef former un pourvoi en cassation contre sa décision ?

(1) Pillet, *Principes du droit international privé*, p. 87, note sous Cass., 17 janvier 1899, S. 99.1.177 ; 2 août 1893, S. 95.1.449.

La solution semble claire : la loi française exige l'application de la loi étrangère : elle entend par là la loi telle qu'elle existe, la loi dans son sens et son interprétation exacts. Si on applique à un rapport de droit une autre disposition que celle qui le régit ou si on l'applique inexactement, ce n'est pas à proprement parler la loi que l'on applique, c'est une interprétation personnelle et erronée du juge. La légitimité d'un recours en cassation semble donc évidente. Telle n'est point l'opinion de la jurisprudence : il faut, dit-elle, appliquer la loi étrangère, mais la loi française n'exige rien de plus : elle n'exige pas une application strictement exacte du droit étranger. Si le juge en a fait une fausse application, la Cour de cassation n'a pas à intervenir, car l'application de la loi étrangère est une question de fait sur laquelle le juge du fond statue souverainement.

Commentant un arrêt de la Cour de cassation belge (1), M. Pillet dit : « La Cour vient de proclamer une fois de plus le principe que la violation d'une loi étrangère, fût-elle compétente, ne peut donner lieu à cassation. Ce principe, nous le connaissons bien en France. Il est d'un grand secours pour nos magistrats dans l'embarras, et nos magistrats sont souvent dans l'embarras sur ce point. Cette maxime a été si souvent répétée qu'elle est devenue dans la jurisprudence un véritable lien commun ; si l'on devait juger du mérite

(1) 4 juin 1891, S. 93.4.9.

d'une doctrine par le nombre de suffrages qu'elle a réunis, celle-là pourrait être comptée parmi les plus certaines et nous ne pourrions que nous féliciter de la posséder. » — « La violation ou la fausse application d'une loi étrangère par les tribunaux français ne peut donner lieu à un pourvoi en cassation. Les juges du fond apprécient souverainement le contenu des lois étrangères ; les erreurs qu'ils peuvent commettre constituent un simple mal jugé qui ne tombe pas sous la censure de la Cour suprême. »

La cassation n'est point possible si la loi étrangère a été faussement appliquée. La cassation n'est possible que quand la loi française est violée. Elle le serait si on n'avait pas appliqué la loi étrangère dans un cas où la loi française l'ordonne. Mais dès qu'elle a été appliquée, bien ou mal, peu importe, la loi française est obéie. L'interprétation de la loi étrangère constitue pour le juge une simple question de fait, soumise à son appréciation souveraine et dont la solution échappe au contrôle de la Cour de cassation. Celle-ci n'a pas pour mission de veiller à l'application des législations étrangères. Elle n'est pas le « *vengeur de la loi étrangère* », elle n'a pour mission que de maintenir l'unité d'interprétation de la loi française (1).

(1) En ce sens : Brocher, t. I, p. 155 ; Fœlix, t. I, p. 34, note 1 ; Laurent, t. II, p. 273 ; Asser et Rivier, p. 37 ; Despagne, 2^e édit., p. 31, n^o 25 ; Boitard, Colmet-D., Glasson, *Leçons de procédure civile*, 1885, t. II, p. 154 ; Cass., 13 août 1816, S. 16.1.343 ; 9 novem-

Un exemple montrera l'absurdité du système. Renversons la situation : supposons qu'une loi étrangère, la loi italienne par exemple (art. 6, C. civ.), dispose que l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent. Supposons que le juge, ayant à résoudre une question de capacité concernant un Français, déclare que d'après la loi fran-

bre 1846, S. 47.1.55 ; 15 avril 1861, S. 61.1.721, D. 61.1.421 ; 9 novembre 1868, S. 68.1.122 ; 4 juin 1872, S. 72.1.60, D. 73.5.62 ; 12 novembre 1872, S. 73.1.17, D. 74.1.168 ; 31 mars 1875, *Clunet*, 1876, p. 272 ; 12 février 1879, D. 79.1.84, *Clunet*, 1881, p. 152 ; 29 avril 1885, S. 86.1.118, D. 85.1.225 ; 18 mai 1886, S. 86.1.243, 26 février 1890, *Clunet*, 1890, p. 117 ; 10 février 1892, *Clunet*, 1892, p. 988 ; 21 novembre 1893, *Clunet*, 1894, p. 1019 ; 12 février 1895, *Clunet*, 1895, p. 234 ; 29 décembre 1896, *Clunet*, 1897, p. 555 ; Cass. Belgique, 25 février 1839, *Pasicrisie*, 39.1.20 ; 21 janvier 1848, *Pasicrisie*, 48.1.287 ; 11 mai 1855, *Pasicrisie*, 55.1.261 ; 9 mars 1882, *Pasicrisie*, 82.1.62, S. 83.4.17 ; 12 avril 1888, *Pasicrisie*, 88.1.186, *Annales de droit commercial*, 88.1.197 ; 30 avril 1889, *Pand. pér. belges*, 89.1.482 ; 16 mai 1889, *Clunet*, 1889, p. 890 ; 23 mai 1889, *Clunet*, 1889, p. 891, *Pasicrisie*, 89.1.229 ; 4 juin 1891, *Clunet*, 1892, p. 748 ; Cass. Luxembourg, 12 juin 1888, *Revue pratique de droit international privé*, 1890-91.1.82 ; Cass. Turin, 23 avril 1884 (*La Legge*, 25^e année, t. I, p. 745, *Clunet*, 1886, p. 746) ; Cass. Pays-Bas, 29 janvier 1886, *Clunet*, 1888, p. 565 ; 1^{er} février 1895, *Clunet*, 1897, p. 205 ; Trib. féd. suisse, 8 juin 1888, *Journ. des Tribunaux* (L.), 1888, p. 415, *Semaine judiciaire*, 1888, p. 433 ; 17 septembre 1892, *Clunet*, 1893, p. 247 ; 17 mars 1893, *Clunet*, 1893, p. 638 ; Reichsgericht de Leipzig, 26 septembre 1883, *Clunet*, 1886, p. 606 ; 6 mai 1892, *Clunet*, 1893, p. 422 ; Trib. cass. Bavière, 2 novembre 1889, *Clunet*, 1891, p. 250. — Ordonnance du prince de Monaco sur pourvoi en révision, 25 avril 1893 (*Clunet*, 1895, p. 669) ; Trib. sup. Madrid, 13 janvier 1885 (Vincent, *Revue pratique de droit international privé*, 1888, V^o *Loi étrangère*, n^o 1). — *Contra* : Weiss, *Traité élémentaire*, 2^e édit., p. 300, III, p. 175 ; de Bar, *Esquisse de droit international privé*, *Clunet*, 1888, p. 7 ; Colin, *Clunet*, 1890, p. 406 et suiv. ; Pillet, *Principes*, p. 87 et 88 ; Note sous Cass., S. 93.4.9, S. 99.1.177.

caise la majorité est fixée à 25 ans. Peut-on dire que le juge italien a appliqué la loi française ? Personne n'ose le soutenir et cependant on admet sans discussion cette solution quand il s'agit d'une loi étrangère. « Convenons donc que si notre loi prend soin de dire qu'en telle circonstance on doit recourir à la loi étrangère, il sera abusif de la tenir pour observée lorsque la disposition appliquée aura été tirée, non de la loi étrangère, mais du cerveau d'un juge ignorant ou égaré » (1).

Quels sont les arguments que l'on invoque en faveur d'une doctrine à première vue indéfendable ?

Dans une affaire où la question que nous examinons s'est posée probablement pour la première fois, nous trouvons ces arguments exposés dans la réponse que faisait le défendeur au moyen de cassation tiré par son adversaire de la fausse application de la loi étrangère (2) :

« La Cour de cassation est établie pour fixer le *sens*, et assurer l'*exécution* des lois judiciaires, pour suppléer le législateur, le prince, et pour offrir à la nation une *garantie* de ses droits civils. Or tout cela est sans rapports avec les lois des nations étrangères : qu'elles soient ou ne soient pas littéralement observées ; qu'elles soient ou ne soient pas bien interprétées, ni la nation française, ni le souverain de la France ne recevrait aucun dommage. Donc point de mission pour la Cour

(1) Colin, *loc. cit.*, p. 796.

(2) Cass., 1^{er} février 1843, S. 43.1 113.

régulatrice relativement à l'entente des lois étrangères. Donc à cet égard il ne saurait y avoir de moyen de cassation. »

Le défenseur continuait :

« Mais, dira-t-on, si la loi française ordonne de se régler d'après la loi étrangère, la violation expresse de celle-ci se résoud en une contravention à la loi française. — « Sophisme, abus de mots, confusion d'idées. » — Si la loi française ordonnait dans certains cas de se régler par la loi étrangère (hypothèse fausse), il s'ensuivrait qu'il faudrait casser pour contravention aux lois françaises l'arrêt qui aurait *refusé* de se régler par ces lois étrangères. Mais si l'arrêt avait déclaré (comme dans l'espèce) vouloir se régler par la loi étrangère ; s'il n'avait erré que sur l'*entente* ou le *sens*, ou l'effet de la législation étrangère, ce défaut de *science* des lois étrangères peut-il offrir en droit un moyen de cassation ? — Non : impossible de justifier un tel principe.

« En France, nos lois ordonnent aux juges de faire exécuter les *conventions* légalement faites et les *usages* non abrogés ; si donc un arrêt se permet de refuser effet à ces conventions et à ces usages en reconnaissant leur existence, il y a moyen à cassation ; mais si les juges se trompent sur l'entente de ces conventions, ou sur la nature de l'usage, leur erreur ne peut offrir un moyen de cassation.

« Il y a parité des deux hypothèses : car si nos lois

françaises ordonnaient en certains cas au juge de se régler par des lois étrangères, ce serait par respect, ou pour des *usages*, ou pour des *traités* qui sont des conventions internationales. Le précepte relatif à l'observation des lois étrangères ne saurait être plus absolu que le précepte de faire observer les conventions faites en France et les usages locaux de notre territoire.

« Ici, l'absurdité des conséquences doit avertir de l'absurdité du principe. Si la fausse *entente* des lois étrangères peut dégénérer en une contravention aux lois françaises et offrir un moyen de cassation, dès lors il y a obligation pour les juges français d'étudier ces lois étrangères et d'en acquérir la science : comme s'ils avaient trop de temps pour étudier et approfondir les *lois* de l'ancienne et de la nouvelle France, avec tous les traités de notre diplomatie ! Et puisque c'est une chose impossible, il arriverait nécessairement que les moyens de cassation seraient appréciés d'après les *parères*. Ainsi tels ou tels magistrats de l'étranger, par voie de correspondance ou autrement, déclareraient quel est le sens de telle loi de leur pays, et la Cour de cassation ferait la règle de ces oracles de parères (trop sujets à l'erreur) ! Non, non : entendre ainsi la mission de la Cour régulatrice, ce serait rendre sa marche irrégulière, compromettre son noble caractère. Allons plus loin : supposons qu'au lieu de l'état d'un moine italien, il s'agisse de l'état d'un bonze de Chine, ou d'un Talapoint du Pégu : la supposition n'a rien d'étrange, puisqu'on a

déjà supposé que toujours la capacité se règle par la loi du domicile. Combien serait ridicule le spectacle d'une controverse scientifique sur des lois ignorées ou impossibles à bien connaître, pas même par des parères dignes de confiance !

« Disons donc que le principe qui admet comme moyen de cassation la fausse entente des lois étrangères est un principe faux en théorie, absurde dans ses conséquences, impossible d'ailleurs à appliquer. »

Chose curieuse, cette argumentation qui s'adapte si bien à la solution actuelle de la jurisprudence ne fut pas, cette fois, admise par la Cour de cassation, dont on ne peut que regretter le changement d'opinion. Dans l'espèce, la Cour cassa l'arrêt, et l'un de ses attendus porte : Attendu... que la Cour, « après avoir erré dans l'interprétation et dans l'application des lois du royaume d'Italie, et commis une contravention expresse aux lois de l'Empire, qui obligent les tribunaux français à faire, lorsqu'il y a lieu, une juste application des lois étrangères..... »

En somme, le grand argument sur lequel se fonde la doctrine actuelle de la Cour de cassation, c'est que la création de cette juridiction supérieure a été la conséquence de l'unification de la législation et a eu pour but d'assurer l'unité de la législation française par l'uniformité de jurisprudence. En s'occupant de l'interprétation des lois étrangères, elle dépasserait son but ; le

magistrat de cassation n'a pas à être « le vengeur de la loi étrangère » (1).

L'on fait en outre remarquer que la loi étrangère n'a pas été promulguée en France, qu'elle ne figure pas au *Bulletin des Lois* et que, par là, elle ne saurait prétendre aux garanties que le législateur français réserve pour textes authentiquement promulgués (2).

On ajoute (3) qu'admettre en France le recours en cassation pour fausse application de la loi étrangère, c'est risquer de s'y voir établir une jurisprudence différente de celle du pays dont il s'agit.

Nous ne faisons que mentionner l'argument développé en 1813, fondé sur la difficulté pour le juge de connaître une loi étrangère, bien qu'il ait été encore soutenu en 1882 par un avocat général (4), M. Mesdach : « Comme dans l'espèce la loi britannique sur laquelle on se fonde n'est pas écrite, mais se compose d'un corps de doctrines et d'opinions de jurisconsultes difficile à saisir, jamais la Cour de cassation ne saurait

(1) Lyon-Caen, Cass., 28 juin 1881, S. 81.1.409. — Asser et Rivier, p. 37 : « Nous pensons que dans les pays tels que la France, la Belgique, les Pays-Bas, où la cassation est destinée à suppléer et à compléter l'unité de législation par l'unité de jurisprudence, l'application erronée ou la violation du droit étranger ne saurait donner ouverture à cassation..... La distinction qui sert de base au recours est moins celle du fait et du droit que, plutôt, celle entre l'application de la loi nationale d'une part, et tout ce qui est en dehors de la nationale, fait ou droit, d'autre part. »

(2) Conclusion de l'avocat général Hello, S. 43.1.217.

(3) Brocher, *Cours*, t, p. 153.

(4) Conclusion de l'avocat général de la Cour de cassation belge.

être à même de se prononcer sur l'observation plus ou moins exacte qui en aurait été faite. »

Nous avons vu précédemment les efforts tentés précisément pour lui en faciliter la connaissance, et il lui sera toujours possible de se renseigner sur le sens exact et la portée réelle d'une disposition de loi étrangère. En tous cas, il n'y a là qu'une difficulté purement matérielle dont l'existence ne doit pas mettre en échec un principe essentiel du droit international et la bonne administration de la justice. Il est bien d'autres choses que le juge français ne connaît point et sur lesquelles cependant il croit pouvoir se prononcer : n'apprécie-t-il pas tous les jours la valeur artistique d'un tableau, d'une statue, les vices de construction d'un immeuble ? Comment fait-il donc pour se former une opinion ? Il se renseigne, il a recours à des experts. Pourquoi n'en userait-il pas de même pour interpréter une loi étrangère, sur laquelle il est évidemment mieux à même par ses études de se faire une opinion que sur une question d'art ou d'architecture ?

Certes la loi étrangère n'a pas été promulguée en France, ni insérée au *Bulletin des Lois*, mais nous avons vu que c'est d'une tout autre considération qu'elle tire sa force obligatoire en France dans certaines circonstances.

Et la crainte de voir une jurisprudence différente s'établir en France et à l'étranger sur une même disposition est-elle fondée ? Comment d'ailleurs les juges

français s'y prendront-ils ordinairement pour se renseigner sur le sens précis d'une loi étrangère ?

Le plus souvent le recours en cassation pour violation de la loi étrangère se fondera sur ce que l'interprétation donnée par le juge français n'est pas conforme à la solution admise par la jurisprudence étrangère. Jamais ce ne sera pour obtenir en France une interprétation divergente de la jurisprudence étrangère qu'on se pourvoira en cassation : ce sera au contraire pour obtenir d'un tribunal français une décision d'accord avec l'interprétation étrangère.

En se reportant aux décisions de la justice du pays dont ils adopteront l'opinion, et quand bien même ils interpréteraient inexactement la loi étrangère, ne vaudrait-il pas mieux avoir en France une jurisprudence uniforme sur un point de droit étranger, qu'une infinité de solutions variant sur le même point avec le plus ou moins de connaissance des juges ? A l'heure actuelle il peut parfaitement arriver qu'un tribunal français déclare que la femme française qui épouse un Ottoman reste française, la loi ottomane ne donnant pas à la femme la nationalité de son mari, tandis qu'un autre tribunal décidera le contraire. La Cour de cassation dira : Je n'ai pas à intervenir, c'est une simple question de fait. Mieux vaudrait une interprétation uniforme, même inexacte, de la loi étrangère, qu'une infinité de solutions contradictoires qui ne laissent aucune sécurité aux plaideurs (1).

(1) Dans S. 93.4.9 ; Surville et Arthuys, p. 45, 2^e édit. ; Alb.

Faire de l'application de la loi étrangère une question de pur fait, c'est s'exposer à voir des solutions opposées se produire sur des hypothèses semblables, et par cela même on compromet l'unité de la législation française, en vue du maintien de laquelle a été instituée la Cour de cassation, et qui se trouve subordonnée ici à l'unité d'interprétation de la loi étrangère (1).

L'argument fondamental de la doctrine que nous combattons, tiré du but en vue duquel la Cour de cassation a été créée, ne porte donc pas. L'article 3 du décret qui l'a établie dit en effet que le tribunal de cassation « annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de *la Loi* ». *De la loi*, dit ce texte ; sans préciser qu'il s'agit de telle ou telle disposition à l'exclusion des autres, il vise la loi applicable à la matière, qui peut être la loi française ou la loi étrangère suivant les circonstances. Les travaux préparatoires confirment d'ailleurs complètement cette manière de voir (2).

Si le décret instituant la Cour de cassation en avait voulu restreindre les pouvoirs, il l'aurait dit. C'est ce que fait l'article 11 du Code de procédure civile allemand : Le pourvoi en révision n'est possible que pour

Rolin, t. I, p. 771 et suiv. — Inconvénients de la jurisprudence : cf. Colin, *Clunet*, 1890, p. 406 ; Renault, *Revue critique de législation*, 1882, p. 715 ; de Bar, I, p. 114 ; Pillet, note.

(1) Pillet, note sous Cass., 2 août 1893, S. 95.1.449.

(2) Colin, *loc. cit.*, p. 798.

violation d'une loi de l'Empire (1). Au contraire, pareille restriction n'existe pas en matière criminelle. L'article 376 du Code de procédure pénale allemand ne parle alors que de violation *de la loi*. Aussi le Reichsgericht a-t-il décidé que cette expression générale comprend aussi bien les lois étrangères que les lois allemandes.

Aucun des arguments invoqués n'est donc sans répliques. Il y a quelque chose de plus choquant que de déférer à l'interprétation de la Cour de cassation l'œuvre d'un législateur étranger : c'est de déclarer cette loi applicable en France et de lui refuser une sanction sans laquelle elle n'est qu'un vain mot. Le jugement qui a dénaturé ou méconnu le sens et la portée d'une convention, d'un testament tombe sous le coup de la censure de la Cour de cassation ; pourquoi n'en serait-il pas de même d'un arrêt violant une loi étrangère dont l'application est imposée au juge ? « Ce texte, par cela seul que son application vient à être confiée à nos tribunaux, est en quelque sorte naturalisé français ; et il emprunte à notre propre législation les garanties qui la protègent contre les défaillances des magistrats ; la fausse interprétation que ceux-ci lui donnent n'est pas un simple mal jugé, mais une violation de la loi même au nom de laquelle ils rendent la justice » (2).

(1) *Clunet*, 1886, p. 606.

(2) Weiss, t. III, p. 177. — En ce sens : Florence, Cass., 25 avril 1881, S. 84.4.21, *Clunet*, 1883, p. 81 ; Reichsgericht de Leipzig, 21 février 1884, *Clunet*, 1885, p. 350 ; Sénat dirigeant, Russie, 10 avril 1896, *Clunet*, 1897, p. 206.

Il existe d'ailleurs des matières très voisines pour lesquelles la Cour de cassation se déclare compétente. En matière d'usages notamment, elle s'est attribué le droit de contrôler la décision des juridictions inférieures, non seulement lorsque l'usage mal interprété est directement autorisé par la loi, mais aussi quand elle peut le considérer comme tacitement maintenu. L'usage cependant possède plus qu'une loi étrangère le caractère d'un fait, et l'on s'explique mal que la Cour de cassation n'étende pas à l'une la juridiction qu'elle s'attribue sur l'autre. On s'en étonne d'autant plus qu'elle l'a fait dans une matière analogue (1).

C'est à propos de l'application du droit musulman aux indigènes de nos colonies de l'Inde et de l'Afrique. Un arrêt de la Cour de cassation du 26 décembre 1881 (2) décide qu'il y a lieu de casser l'arrêt qui a fait une fausse application du droit musulman. Dira-t-on que dans cette espèce les personnes qui se prévaudront de la mauvaise application d'une loi étrangère sont des Français, les habitants de ces contrées ayant acquis par l'annexion la nationalité française? Mais le plus souvent ce seront également des Français qui se prévaudront de la loi étrangère, à raison des actes par eux accomplis hors de France. Quand même d'ailleurs ce seraient des étrangers, le devoir de justice n'est-il pas le

(1) Pillet, *Principes*, p. 88; Cass., 15 février 1884, S. 85.1.205; Génv, *Méthode d'interprétation*, p. 561.

(2) S. 82.2.1.265. — Cf. Colin, *loc. cit.*, p. 802.

même à leur égard et, du moment où on les admet à faire valoir certains droits devant nos tribunaux, ceux-ci ne sont-ils pas par là même obligés de leur donner une bonne et exacte justice ? Est-ce parce que dans cette hypothèse l'application de la loi musulmane est expressément prescrite par la loi française, qui, ce faisant, s'en est en quelque sorte approprié les décisions, et en a fait pour nos colonies une annexe à ses propres décisions ? S'il en est ainsi, il faut admettre la même solution, au cas où le texte français renvoie expressément à la loi étrangère, et nous trouvons ainsi au principe de l'irrecevabilité du pourvoi pour application inexacte de la loi étrangère un tempérament analogue à celui que nous avons signalé pour le cas où l'application de la loi étrangère est expressément prescrite par la loi française. Mais alors pourquoi la Cour de cassation a-t-elle jugé que l'arrêt, qui, pour décider qu'un Français s'est fait naturaliser à l'étranger, aurait violé la loi étrangère, ne porte aucune atteinte à la loi française ? Et cependant la référence à la loi étrangère ne résulte-t-elle pas d'un texte formel, l'article 17, d'après lequel il faut une naturalisation *acquise* à l'étranger, pour que celui qui en a été l'objet perde la nationalité française (1) ?

Au cas de renvoi implicite la Cour devrait également accepter le pourvoi pour violation de la loi étrangère, car celle-ci ne s'en est pas moins incorporée dans la loi fran-

(1) Sirey, 1847.1.55.

çaise qui s'y réfère. La loi du 5 juillet 1844, par exemple, déclare que les brevets pris en France ont une durée de 5, 10 ou 15 ans. Exceptionnellement elle reconnaît que la durée d'un brevet pris en France peut dépendre d'une loi étrangère, quand, antérieurement, un brevet a déjà été délivré à l'étranger pour la même invention (art. 29). L'application de l'article 29 implique donc comme condition essentielle la délivrance d'un brevet à l'étranger. Quand les droits de l'inventeur constituent-ils un brevet d'après la loi de 1844, voilà une question que doit résoudre le juge français. S'il qualifie faussement brevet un titre obtenu à l'étranger, il viole par là-même la loi française qui ne réglemente la durée du brevet qu'autant qu'il y a *brevet* à l'étranger. Autrement le texte de la loi française est inapplicable. Et cependant la Cour de cassation a déclaré qu'elle n'avait pas à censurer la fausse application du juge sur ce point (1).

Il est juste d'ailleurs de reconnaître que quelques arrêts semblent vouloir revenir à une plus saine doctrine, et l'on peut citer des cas de cassation, sans qu'il y ait un texte ordonnant expressément l'application de la loi étrangère.

C'est ainsi qu'à propos d'une concession de terrain faite à un Français par un décret beylical, qui réservait la propriété du terrain au gouvernement tunisien, la Cour d'Aix ayant jugé que ce terrain pouvait faire l'ob-

(1) Cass., 28 juin 1881, S. 81.1.409, note Lyon-Caen.

jet d'un apport en société, la Cour suprême cassa l'arrêt, en déclarant par interprétation du décret beylical qu'il avait été en réalité mis hors du commerce et que l'interprétation erronée donnée par la Cour d'Aix à cet acte envisagé comme *lex rei sitae* devait entraîner cassation (1).

Il est vrai que dans l'espèce, la Cour, n'osant peut-être pas dire qu'elle exerçait un contrôle sur l'interprétation de la loi étrangère, cassa pour une prétendue violation des articles 1128, 1598, 1833. Mais en réalité le véritable motif de la cassation, c'était l'interprétation erronée du décret beylical par la Cour d'Aix (2). Ce n'en est pas moins un premier pas. Il a bientôt été suivi d'un autre. Dans l'affaire Forgo, célèbre en droit international à plus d'un titre, la Cour de Bordeaux avait décidé que la succession mobilière d'un sujet bavarois décédé en France doit être dévolue conformément à la loi nationale du *de cuius*, alors que précisément cette loi nationale renvoie à la *lex domicilii* (3). En refusant d'appliquer la loi française, loi du domicile du défunt, « l'arrêt attaqué, dit la Cour, a faussement appliqué les lois bavaroises » (4).

Enfin la Cour de cassation étend son contrôle à l'application faite en France des lois anciennes, dont l'ap-

(1) Cass., 18 juillet 1876, S. 76.1.451, D. 76.1.197.

(2) Colin, *loc. cit.*, p. 806.

(3) Cf. Weiss, t. III, p. 77 et suiv.

(4) Cass., 24 juin 1878, S. 78.1.429.

plication est ordonnée par les principes propres à la matière (1). Il s'agit cependant là, quoi qu'on puisse dire, de lois étrangères dont l'autorité en France résulte d'un principe du droit international privé accepté par notre jurisprudence, mais non inscrit dans nos lois. La Cour de cassation n'hésite pas à étendre à des cas semblables sa juridiction (2).

Il y a là des précédents d'un heureux augure pour le succès de l'opinion soutenue par une partie de la doctrine, notamment par MM. Weiss, Colin et Pillet. Ce dernier auteur fait en effet remarquer, en commentant l'arrêt Bari (3) qui a mis à néant un arrêt de la Cour de Paris comme appliquant à tort la loi française à une question de capacité tombant sous l'application de la loi étrangère, loi nationale des intéressés, que cette manière de voir amènerait peu à peu la Cour de cassation à renoncer à sa jurisprudence antérieure, que l'application de la loi étrangère est une question de fait.

La Cour a décidé que la question devait être résolue par l'application de la loi italienne. C'est donc la loi italienne qui doit être appliquée, sous peine de tomber en contradiction avec son arrêt. Si elle se fût bornée à dire que la loi française n'était pas compétente, il pourrait en être autrement, quoiqu'il répugne à la raison et à l'au-

(1) Cass., 22 janvier 1883, S. 84.1.25.

(2) Pillet, *Principes*, p. 88, n° 2.

(3) S. 99.1.177.

torité du droit d'admettre que notre Cour suprême déclare inattaquable une décision qui ne reposerait ni sur la loi française, ni sur la loi italienne, mais sur je ne sais quelle imagination de magistrats dans l'embarras, dont l'emploi aurait pour effet de priver les plaideurs de toute garantie de justice.

Mais il n'en est pas ainsi. La Cour de cassation a prescrit l'application de la loi italienne, et si celle-ci n'est pas appliquée telle qu'elle existe, il sera vrai de dire que la juridiction de renvoi ne se sera pas conformée à la décision de la Cour de cassation, et sa solution devra être cassée. Si cette idée n'est pas admise aujourd'hui, elle devra l'être demain, sous peine de dépouiller cet arrêt Bari de toute signification. Quelle serait la posture de la Cour suprême si les magistrats déclaraient simplement que la loi italienne est semblable à la nôtre ?

Si l'on veut résumer la jurisprudence, il est impossible de ramener ses solutions à un système logique.

En principe il ne peut y avoir cassation pour fausse application de la loi étrangère, mais on trouve des arrêts en sens contraire dans certaines hypothèses, des tempéraments parce que la loi française s'est expressément ou implicitement reportée à la loi étrangère, sans que cependant cette idée soit toujours respectée. En réalité la Cour de cassation n'a pas de doctrine sur la question. Il n'y a pas une des situations que doit régir le prétendu principe de l'irrecevabilité du pourvoi, où l'on ne puisse citer une décision soi-disant exception-

nelle ayant statué en sens contraire, si bien qu'on a pu dire sans exagération que ce principe n'est qu'«une simple façade derrière laquelle les exceptions ont tout envahi ». Pourquoi dès lors ne pas abandonner cette règle condamnée par la raison et qui n'a plus qu'une apparence d'existence ?

Sans doute, « on comprend que la Cour de cassation hésite en général à modifier sa doctrine. De tels changements jettent une perturbation profonde dans des intérêts qui se sont développés sur la foi d'une autorité presque aussi solide que celle de la loi même. Mais, ici, la modification que nous demandons, loin de porter atteinte à des intérêts légitimes, leur restituerait une garantie essentielle de bonne justice, dont ils sont aujourd'hui exposés à se voir arbitrairement privés » (1).

(1) Colin, *Clunet*, 1890, p. 307.

Vu :

Le Président de la Thèse,
ANDRÉ WEISS.

Vu :

Le Doyen,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER. — Application de la loi étrangère par le juge.	5
CHAPITRE II. — Preuve des dispositions de la loi étrangère .	36
CHAPITRE III. — Du recours en cassation pour non-application ou fausse interprétation de la loi étrangère.	69
§ I. — <i>Non-application de la loi étrangère.</i>	69
§ II. — <i>Application inexacte de la loi étrangère.</i>	84

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
